GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

DIREITO DE FAMÍLIA

BRASILEIRO

INTRODUÇÃO - ABORDAGEM SOB A PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

editora Juarez de Oliveira

DIREITO DE FAMÍLIA

BRASILEIRO

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Este livro é resultado de esturdos pesquisas acadêmicas desenvolvidas pelo autor no período de 1994 a 2000, na pendência dos Cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

A preocupação do autor teve por origem a insuficiente sistematiza- ção, no âmbito do Direito brasileiro, dos novos contornos jurídicos das relações familiares, daí a razão pela qual a abordagem aos temas se deu sob a perspectiva civil-constitucio- nal do Direito de Família.

O autor Guilherme Calmon Nogueira da Gama é especialista, mestre e doutorando em Direito, pro- fessor assistente de Direito da Uni- versidade do Estado do Rio de Janei- ro, além de Juiz Federal na Seção Judiciária do mesmo Estado.

É autor dos livros O companheiris- mo: uma espécie de família (Revis- tas dos Tribunais: 1998), A família no Direito Penal (Renovar: 2000), e e co-autor do livro Temas de Direito Penal e Processo Penal: em especial na justiça federal (Renovar: 1999), além de ter vários artigos e ensaios publicados em revistas jurídicas especializadas e obras coletivas.

fra Thais Virginia Ferreira Gomes OAB/SP-175.404-B.

2

DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

(INTRODUÇÃO – ABORDAGEM SOB A PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL)

DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

Introdução - Abordagem sob a Perspectiva Civil-Constitucional) (

DEDICATÓRIA

"À minha família, destinatária do meu profundo amor e carinho.

Á minha esposa Patrícia, em especial, exemplo de grandeza e beleza de pessoa humana.

Aos meus filhos Frederico e Beatriz, fruto e herança das minhas qualidades.

Aos meus pais Antônio e Thereza, paradigmas de união e coesão familiares.

A todos que integram uma família, na esperança da construção de um mundo mais solidário e digno."

APRESENTAÇÃO

"Toda doutrina social que visa a destruir a família é má e, de mais a mais, inaplicável... Quando decompuserdes uma sociedade, o que encontrareis como resíduo final não será o indivíduo e sim a família" (Victor Hugo).

Convidado - atribuindo o fato à amizade que me une ao autor -, a apresentar a nova obra de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, intitulada Direito de Família Brasileiro - Introdução - Abordagem sob a perspectiva civil-constitucional, acedi ao convite, fazendo-o e desde logo o admito, em manifestação de egoísmo, mas puro e que não prejudica a quem quer que seja, já que motivado pelo desejo de poder, de antemão, conhecer o trabalho, por conta de minha curiosidade em relação aos temas que digam respeito à Família no Direito, como prefiro chamar. Verifiquei, de pronto, a imensidão da tarefa assumida, ante o amplo espectro cultural do autor, que, embora jovem, logrou, em pequeno tempo desde sua formatura, atingir nível a poucos possível, seja no ramo a que se refere o trabalho em referência, como nos demais do Direito, haja visto ter publicado, já, livros versando sobre Direito Penal e Processual, preocupado sempre com os aspectos constitucionais dos temas sobre os quais escreveu.

Atento à necessidade de olhar o Direito segundo as mudanças ocorridas na vida e sociedade, discorrendo sobre o debate a respeito da origem da família, mostrando que seu conceito tem a ver com a sua própria história, preocupa-se Guilherme em dirigir o próprio olhar à preceituação normativa estrangeira, demostrando que as distinções entre os vários sistemas legais acabam por servir à melhora daquele sobre o qual se recai a análise imediata, levando-se sempre em conta a radical modificação havida no tocante às relações de família e a conformação a ela dada pela própria comunidade,

alterando conceitos antes adotados de maneira rigida e que mais tinham em sla base preocupações de ordem patrimonial e contratual e que acabam por ser substituídas pelo interesse na formação da personalidade dos integrantes do ente familiar, passando ele próprio a moldura diversa daquela estipulada para a família dita legítima e afastando a singularidade da conformação antes escolhida, que passa a ter caráter plural, integrado tanto pela união estável entre homem e mulher, quanto pela família monoparental, oferecendo clara evidência sobre a própria dificuldade em se poder falar numa definição do que seja a família.

Nesse ponto, apresenta o autor como se deu, em 1988, a absorção, pela Constituição Federal, dessa nova forma de olhar a vida, preocupado o cidadão muito mais com aspectos que têm a ver com sua felicidade e a daqueles que com ele vivem, de forma recíproca, elevando-se a patamar maior e inserido na própria Carta Federal, tema que era apenas de Direito Civil e que passa por fenômeno de verdadeira publicização, decorrente da necessidade de princípios acolhidos pelo Direito Privado serem inscritos como valores de ordem maior e que passam a integrar o panorama constitu- cional, com "um perfil solidarista e intervencionista", na exata colocação de Carmem Lucia Silveira Ramos.

Enfrentando a questão da família decorrente da união estável entre pessoas de sexos diversos e que não equipara ao casamento, por heterogê- neas as duas situações, aborda o escritor o aspecto da denominação adequa- da a tal situação, ponderando, com inegável sensibilidade, para sua preferên- cia à adoção do vocábulo companheirismo, por ser o mais revestido do senso orientador da escolha de tal modo de vida, e que reside no afeto que anima àqueles que o escolhem como maneira adotada com fim de família, referindo e mesmo criticando aspectos que a legislação ordinária ulterior à Constituição - sobre a qual pondera acerca da necessidade ou não da própria existência, que acaba por defender, desde que guarde compatibi- lidade com a CF - passou a ter como necessários à geração dos direitos a que se refere e nos casos que menciona, além de referir circunstâncias que acabam por indicar a presença de uniões informalizadas às quais não se podería, segundo o sistema legal, ter como caracterizadoras do ente familiar mencionado pelo art. 226, § 3º, da Constituição Federal e, que, não obstante, merecem proteção, por aptas a gerar efeitos jurídicos.

Ingressa, ademais, em comentário anexado ao corpo principal da obra, no difícil assunto da união entre pessoas do mesmo sexo, indagando sobre poder tal opção de vida caracterizar uma família, inadmitindo conclusão posativa, porquanto inexiste, em tal circunstância, autorização ao casamento.

sendo lícito ao Estado dirigir tratamento díspar aos particulares, quando para tanto haja suficiente justificativa, residente, no caso, no aspecto da sexuali- dade, considerada para tanto apenas aquela que o Direito tem como natural, ainda que reconhecendo inserir-se a orientação sexual de cada um em atributo da personalidade, de forma a merecer respeito da comunidade.

Ressalva, por fim, decorrerem da união entre pessoas de mesmo sexo efeitos patrimo- niais e sucessórios, fundados os primeiros no Direito Obrigacional, apenas.

Em alusão à família unilinear ou monoparental e expondo sobre a conceituação de tais termos, sem olvidar a necessidade de atenção ao princí- pio da paternidade responsável e questionando sobre o problema da desbio- logização, em que um aquele que não o pai biológico assume a sua posição como se próprio o filho e o aspecto da falta de afeto no tocante ao pai verda- deiro e deste para com o filho, relativamente a demandas envolvendo seu interesse em relação ao último.

E no aspecto da filiação, acaba por realizar interessante meditação acerca do assunto da reprodução humana assistida, considerando, para tanto, os princípios constitucionais que devem, necessariamente, ser aplicados à questão, oportunidade em que apresenta desenho sobre o que o Direito Europeu vem, a respeito, considerando e, em seguida, admitindo, no Direito Brasileiro, a prática da reprodução assistida, inclusive sob o aspecto da monoparentalidade, sem que se possa pretender eventual ofensa ao postulado da dignidade humana, em decorrência de tal conclusão. Atenta, todavia, para a necessidade da presença, sempre, na circunstância ora em referência, de reprodução assistida, de elementos nobres, "(...) como o amor, o desejo de construir uma relação afetuosa, carinhosa, reunindo as pessoas num grupo de companheirismo, lugar de afetividade". Finaliza reconhecendo a neces- sidade de, com urgência, ser normatizado o tema em seus vários aspectos, em função do risco existente quanto à falta de controle dos métodos que possam ser usados com o fim da reprodução.

Como não poderia deixar de ser, reflete Guilherme, ainda, sobre a eficácia e imediata aplicabilidade das normas constitucionais que impõem ao Estado o dever de proteção à família, lançando objeção a normatização que conceda maiores privilégios aos unidos de fato, em relação aos que casados sejam, observando que a emancipação da vida de fato em sede constitucional não implica estímulo à união informal em detrimento do casamento, "(...) mas sim o reconhecimento de realidades fálicas (a presença ou a cessação de um projeto familiar em comum) para a resolução das questões decorrentes, sempre sob a inspiração do fundamento da dignidade da pessoa humana, priori- zando as situações existenciais em detrimento das situações patrimoniais".

Não deixa de comentar, outrossimos aspectos matrimoniais inerentes a união estavel, referindo-se aos antecedentes jurisprudenciais e à materia unidos a respeito, concluindo sobre a inocorrência, pese os diplomas editados após 1988 e que têm a ver com o assunto, de equiparação, nas atinente a tal aspecto, de equiparação entre casamento e união informal, apontando, quanto à segunda, impossibilidade de alvitrar-se a comunhão a de bens não adquiridos após seu início e quanto a estes, desde que com caráter oneroso, advertindo,

ademais, à inadmissibilidade de adoção do princípio da liberdade vigente em relação ao pacto antenupcial, em matéria de companheirismo, para o que invoca, inclusive, a Lei n. 9.278/86.

Advertindo o intérprete, e remetendo a essa mesma Lei e a de n. 8.971/94, alude à inédita modificação da ordem sucessória, com vistas a beneficiar ao companheiro sobrevivo e ingressa no exame do direito de habitação ao mesmo conferido, concluindo necessário, em fundada argumentação, inclusive com o fito de arredar-se argüição sobre inconstitucionalidade do art. 7°, parágrafo único, do primeiro de tais diplomas, enxergar-se o art. 1611, § 2º, do Código Civil, em moldura mais ampla que a anteriormente usada.

Nota-se, portanto, haver conseguido Guilherme Calmon Nogueira da Gama, - aliando estudo e conhecimento aprofundados, além de sensibilidade extrema ao papel que realmente se tem como preciso ao intérprete do Direito, principalmente em matéria inserida no Direito de Família, levado em conta sob a ótica que a Constituição Federal entendeu necessário atribuir-lhe -, elaborar trabalho que pode ser considerado verdadeiro caleidoscópio do que vem ocorrendo no âmbito das relações familiares, e suas conseqüências jurídicas, conforme as causas originárias de cada uma das circunstâncias a respeito das quais comenta, sabendo, como há muito escrito pelo Des. Cunha Barreto, "(...) ser um sociólogo, um perscrutador anatomista do meio, observador atento, livre de cláusula que o reteve por séculos na aplicação das codificações, subtraído ao quadro real da vida, da qual só se conhecia a superfície, isso mesmo naquilo que esta deixava observar, através dos pressupostos das leis".

Cabe cumprimentar, assim, a Editora Juarez de Oliveira, que, reco- nhecendo o valor da obra e a qualidade de seu autor, de imediato interessou-se em publicá-la, a benefício do público leitor.

ANTÔNIO CARLOS MATHIAS COLTRO

Prof. de Direito Civil da PUC-SP

Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO SOB A ÓTICA COMPARATISTA

Direito comparado é a comparação dos diferentes sistemas jurídicos existentes no mundo. Como apontam Konrad ZWEIGERT e Hein KÖTZ, estudos jurídicos somente se tornam científicos quando eles são realizados acima das regras de qualquer sistema nacional, como ocorre na filosofia do direito, na história do direito, na sociologia jurídica e no direito comparado.[1] E, nesse sentido, é importante realizar duas atividades comparatistas que não podem ser consideradas dissociadas: a macrocomparação e a microcomparação. Vale salientar que a análise do direito positivo estrangeiro, por si só, não representa a realização de direito comparado, porquanto faz-se necessário o bom conhecimento dos diferentes sistemas para adequadamente interpretar suas normas (inclusive não escritas) e, desse modo, poder realizar o estudo comparativo com o sistema nacional.

Como aponta Caio Mário da Silva PEREIRA, "o aproveita- mento da experiência alheia contribui para o desenvolvimento do direito nacional através de uma boa crítica, que saberá escoimar o produto importado daquilo que não é adaptável às condições estranhas ao meio próprio e originário", destacando a importante obra de René DAVID no tema do direito comparado. Em matéria de

1 ZWEIGERT, Konrad e KÖTZ, Hein. Introduction to Comparative Law. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 4.

2 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado, ciência autônoma. Revista Forense, v. 146, p. 24 e ss., reprodução datilografada, p. 8.

Bertie de Familia, releva destacat a notável influência exercida pela Redeths thelusive nos países do mande ocidental - diante da importante antação da Igreja Católica, e também a marcante intervenção das diversas cuhuras na história da civilização.

No que toca em especial ao direito brasileiro, Harriet Christiane 2113CHER se refere à repercussão e influência dos direitos germâ- anglo-saxão: "Conhecer estes dois ordenamentos jurídicos nomeados pode ser de interesse para o leitor brasileiro, porque direito brasileiro tem influência marcada tanto do direito germâ- nico quanto do direito da família common law (por meio do direito estadunidense)",

"A civilização, num dado momento, cria problemas idênticos, em vários pontos da terra, e o direito, como expressão da civili- zação, oferece solução idêntica. Ao direito comparado caberá, então, elaborar a construção doutrinária universal com base nas incidencias nacionais, e, só assim, poderá adquirir o direito o cunho de universalidade que é próprio de toda ciência".4 No entanto, é de se questionar se o caráter universal pode ser atribuído ao Direito, exatamente diante da multiplicidade de culturas, religiões, economias, políticas, enfim, de sociedades e dos grupos que as integram.

Para exemplificar a característica nacional do Direito de Família, Giselda HIRONAKA indica a realidade dos habitantes das Ilhas Trobriand, em que o sentimento de paternidade nada tem a ver com a verdade biológica. O afeto e o cuidado que um homem melanésio dimpensa a uma criança não estão vinculados a laços de sangue entre les, mas defluem, exclusivamente, da circunstância da criança ser filha de sua mulher amada, representando, assim, uma espécie de sociedade matrilinear. As três tradições jurídicas mais importantes so mondo atual, tal como aponta John Henry MERRYMAN - 0 reins-cond (civil law), o direito comum anglo-saxão (common law) dincito socialista, sofrem abalos nos seus princípios e valores

Twoe Christiane. Introdução ao direito civil alemãg e inglês. শনি কি Rey, 1999, pp. 23-24.

Ce da Silva, op. cit., pp. 13-14.

Maria Fernandes Novaes. Familia e casamento em evolu diretta de Familia Porto Alegre, y 1. abril/junho de

uniformes e, muitas vezes, os ordenamentos jurídicos respectivos se distanciam, fato que ocorre no campo do Direito de Família. E, em outros casos, "hay muchas naciones importantes que no pueden incluirse em ninguna de estas tres principales tradiciones jurí- dicas. Por ejemplo, se suele pensar que incluso en Europa Occiden- tal los sistemas legales escandinavos son cosa muy aparte tanto conm respecto a la tradición del derecho civil como a la del derecho común anglosajón"."

Dentro das perspectivas do Direito Comparado, há a função de propiciar melhor conhecimento e também de aprimorar o Direito nacional de um determinado país e, assim, nas palavras de René DAVID, "le droit comparé peut être utilisé, de façon parfaitement légitime, pour guider les juristes dans l'interprétation qu'ils feront de ces formules".?

No campo específico, objeto de preocupação deste trabalho o Direito de Família em uma perspectiva contemporânea –, dentro da noção dos benefícios que o Direito comparado pode proporcionar, mormente em matéria envolvendo as recentes transformações da família, importante destacar a relevância do Direito comparado como instrumento de auxílio do intérprete para a solução das controvérsias e, ao mesmo tempo, como fundamento para a construção das regras que devem vigorar, com a nuança de se considerar o caráter nacional, fundado na cultura, na história, na sociedade, e na tradição dos desti- natários das normas. A respeito de tais aspectos, vale atentar para a precisa advertência levantada por ZWEIGERT e KÖTZ, no sentido de observar duas questões importantes: a) se a solução estrangeira funciona satisfatoriamente no país onde se originou; b) se tal solução pode funcionar no país que se proporia a adotá-las.

Quanto à possível tendência à construção de Direito Uniforme em matéria de Direito de Família, em especial no que toca aos modelos

6

MERRYMAN, John Henry. La tradicción juridica romano germanica. Fondo de Cultura Económica, 1979, pp. 19-20.

DAVID, René. Les grands systèmes de droit contemporain (Droit comparé). Quatriéme édition. Paris: Dalloz, 1971, p. 9. Nesse mesmo sentido, posicionam-se Konrad ZWEIGERT e Hein KÖTZ: Another practical use of comparative law lies

in the interpretation of national rules of law. (op. cit., p. 17).

ZWEIGERT, Konrad e KÖTZ, Hein, op. cit., p. 16.

7

3

de família, parentesco, filiação, paternidade, maternidade e conse quências jurídicas, cumpre desde já afastar tal possibilidade, consi- derando a permanência de diferenças culturais, econômicas, sociais, políticas e religiosas em assunto de Direito de Família, que inviabilizam, por completo, qualquer tendência uniformista, o que não afasta a importância do Direito comparado neste tema. Nas palavras de Vivian Grosswald CURRAN, "Comparative law is a field which by defi- nition deals with and analyzes the other, the different"", podendo- se dizer que as diferenças encontradas em seu sistema jurídico susci- tam o aperfeiçoamento do outro sistema em análise e não necessaria- mente apenas a exclusão destas diferenças.

Ao traçar algumas diferenças quanto a aspectos não-jurídicos entre a Alemanha e a Inglaterra, inclusive quanto a dados geográficos, históricos e culturais, Harriet ZITSCHER observa: "Por meio disto pode-se notar que o fato da continuidade histórica na Inglaterra, em contraste com a história de revoluções e guerras no meio do Continente Europeu, teve impacto forte na formação dos respecti- vos ordenamentos jurídicos. Outro impacto teve a estrutura da sociedade. Na Inglaterra, sociedade de classes estabelecidas, o direito aplicável à classe nobre sempre tinha tendência de se espalhar ao resto da população, enquanto na Alemanha, com a tendência de nivelar as classes sociais, aboliram-se os privilégios e ordenamentos distintos e restaram as leis para as classes médias aplicáveis à população inteira". 10 E, mesmo dentro da divisão clássica e tradicional entre os sistemas da civil law e da common law, podem-se subdividir tais sistemas, sendo válido apontar os grupos dos modelos francês e alemão. O

Direito de Família brasileiro, nesta classificação, se inclui entre aqueles que seguem o paradigma francês, que, portanto, constitui a base necessária para o enquadramento comparatista. Em matéria de Direito de Família, na Idade Contempo- rânea, o Código Civil francês de 1804 é o paradigma do Direito de Família da maior parte das nações ocidentais que seguem o civil

10

CURRAN, Vivian Grosswald. Dealing in Difference: Comparative Law's Poten- tial for Broadening Legal Perspectives. The American Journal of Comparative Law, v. 46, n. 4, p. 657, 1998.

ZITSCHER, Harriet Christiane, op. cit., p. 27.

law, tendo influenciado quase a totalidade das codificações dos países ocidentais adeptos ao sistema jurídico continental.

Um dos segmentos do universo jurídico onde se observam profundas mudanças nos últimos tempos é, indubitavelmente, o Direito de Família". E, não poderia ser diferente, diante do redirecionamento das relações políticas, econômicas, sociais e, conseqüentemente, familiares no sentido de se buscar o fundamento das relações pessoais contemporâneas nos ideais e valores de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo12. Cuida-se de adotar

A respeito das mudanças do nosso tempo, com reflexo no Direito, na expressão sócio-filosófica "pós-moderno", importantes são a apresentação e a inserção no Direito de Família do pensamento de Erik JAYME, feita por Cláudia Lima MARQUES: "Assim, em um tempo conhecido como pós-industrial, com uma filosofia pós-estruturalista e discursiva, uma era do vazio e do caos, de desregu- lamentação, de privatizações, de forte exclusão social, da 'euforia do indivi- dualismo e do mercado', era da globalização e radicalismo tribal, de convi- vência e intolerância, de antinomias tão fortes que já se prevê o fim da história, a morte da ciência, o fim dos valores e outras catastróficas previsões da nova era, em resumo, em uma época de crise pós-moderna, também o direito de família, ramo mais próximo da realidade social e quase antropológica de uma sociedade, estaria em crise. Uma crise de mudança." (MARQUES, Cláudia Lima, CACHAPUZ, Maria Cláudia & VITÓRIA, Ana Paula da Silva, Igualdade entre Filhos no Direito Brasileiro Atual Direito Pós-Moderno? Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Porto Alegre: Síntese Editora, v. 16, 1999, 22).

Daí as quatro características da cultura pós-moderna que se refletem no Direito, na visão de Erik JAYME: a) o Pluralismo de fontes legislativas e de sujeitos a proteger: "no Direito de Família, o pluralismo de fontes pode ter sua origem no reconhecimento de direitos individuais dos membros destas uniões ou grupos"; b) a Comunicação, associado à valorização extrema

do tempo, para assegurar a proteção dos mais fracos e dos grupos que a lei quer privilegiar, e, também, consiste na internacionalidade das relações jurídicas, com a revalorização do direito internacional privado: "a comunicação está presente no Direito de Família através de novas maneiras de fazer valer os direitos assegurados aos membros mais fracos do grupo, as crianças, que passam a ser não só consultadas, como também a poder exercer diretamente seus direitos e a ter voz ativa nas decisões internas da família"; c) a Narração, como novo método de elaborar as normas, consistente em normas que narram objetivos, princípios, finalidades (e não normas para regular condutas), auxiliando no intérprete em encontrar a resolução das novas situações que se apresentam: "essas transformações na interpretação das leis e na filosofia do direito se fariam sentir também no aparecimento de movi- mentos contestatórios da dogmática tradicional, uma forte jurisprudência de valores, estudos críticos (...) e direito alternativo, em uma geral flexibilização, fragmentação e mesmo descaracterização do dogma ou crença no sistema de direito, mas também na grande influência representada pelos direitos funda-

posturas que sejam coerentes com o significado da própria existência do homem na Terra, elucidando os mistérios e segredos da pessoa humana e do meio que a circunda, tentando atingir o bem existencial mais desejado: o bem-estar social ou, mais individualmente, a felicidade. No direito brasileiro codificado, no âmbito das relações privadas,

direito civil ocupava-se essencialmente com as relações patri- moniais - do proprietário, do contratante, do marido, do testador. "14 Hodiernamente, tal sistema sofreu radicais alterações e, porque não dizer, precisou ser revisitado, como resultado da própria evolução da sociedade e da necessária preocupação acerca da observância dos novos valores introduzidos e acolhidos pela civilização contemporânea. A família, nesse contexto, "é formação social, lugar-comunidade tendente à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus participantes; de maneira que exprime uma função instru- metal para a melhor realização dos interesses afetivos e existen- ciais de seus componentes. "15 Não há mais lugar, no mundo atual,

mentais (antes programáticos) no direito privado"; d) o "Retour des Senti- ments", ou a volta de uma certa "emocionalidade" no discurso jurídico, sendo ainda a buscaa de novos elementos sociais, ideológicos e/ou fora do sistema: O Leitmotive, elemento guia, destacado por Jayme é um revival dos direitos humanos, como novos e únicos valores seguros a utilizar neste caos legislativo e desregulador, de codificações e microssistemas, de leis especiais privilegiadoras e de leis gerais ultrapassadas, de soft law e da procura da equidade cada vez mais discursiva do que real. Os direitos fundamentais seriam as novas normas fundamentais' e estes direitos constitucionais influenciariam o novo direito pri- vado, a ponto do direito civil assumir um novo

papel social, como limite da intervenção do Estado na família, como protetor do indivíduo e como mibi- dores de abusos." (MARQUES, Cláudia Lima et allii, op. cit., pp. 24-26) A origem e evolução da vida, as funções do organismo, a sua ontogenia, as swas adaptações constituem uma grande parte do imenso misterio que é a

existência, mas os processos que estão na base dessas manifestações tem side

cada vez mais revelados" (DIAS, João Álvaro. Procriação assistida e respon

sabilidade médica Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 9).

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar. 1999 IP 395 Ao tratar especificamente acerca de tal visão na relação entre pais e Fikos, o referido autor comenta: a disciplina do Código Civil, pelle qual es reteta dos filhos estava vinculada à espécie de relação preexistente entre su

pass respondia a uma lógica patrimonialista bem definida po PERLINGIERI Pietro Perfis do Direito Civil. 3ª ed. Trad Maria Cristina De Cees kio de Janeiro Renovar 1997, p. 178.3

para o Direito de família aristocrático, 16 ou seja, aquele que objetivava tutelar a família "legítima", detentora de patrimônio e da paz domés- tica, como valores absolutos, sem qualquer conteúdo ético e humanista nas relações travadas entre os partícipes de tal organismo familiar.

"Construção doutrinária e jurisprudencial, realidade socio- lógica, a família plural ganha o abrigo constitucional e se proje- ta na legislação mais recente que se pronuncia."17 Houve uma completa reformulação do conceito de família, no mundo contem- porâneo, não apenas no Brasil, mas no contexto do mundo globalizado. Em todos os cantos do planeta, o modelo tradicional de família vem perdendo terreno para o surgimento de uma nova família[1], que é essencial para a própria existência da sociedade e do Estado, mas funcionalizada em seus partícipes: "uma família que continua sendo imprescindível como célula básica da sociedade, fundamental para a sobrevivência desta e do Estado, mas que se funda em valores e princípios diversos daqueles outrora alicerçadores da família tradicional". 19 No direito francês, por exemplo, com a reforma empreendida em 1972, "l'existence de la famille naturelle est donc juridiquement reconnue...", podendo ser estabelecido o vínculo familiar apenas entre o filho e qualquer um dos pais: "l'enfant n'a alors qu'une famille unilinéaire, varieté de famille monopa- rentale qui se rencontre plus généralement dans toutes les hypo- thèses, hélas fort nombreuses actuellement, où par suite de décés,

16 Trata-se de expressão utilizada por Orlando GOMES, ao se referir à família detentora de patrimônio, formando uma sociedade de bens (Direito de família. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, Nota Prévia, p. X). O mesmo autor ressalta que a maior parte da população

passou a ser regida por relações familiares não sistematizadas no Código Civil: "brechas cada vez mais largas rasgam-se na empena dos Códigos" (op. cit., p. X).

17 FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos de direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 61.

18

CAMPOS, Diogo Leite de. A nova família. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Direitos de família e do menor. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 22.

19 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O companheirismo: uma espécie de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.68. Ou, nas palavras de Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA, "neste tempo em que até o milênio muda, muda a família, muda o seu cerne fundamental, muda a razão de sua constitui- ção, existência e sobrevida, mudam as pessoas que a compõem...". (Família e casamento em evolução, p.17).

divorce on separation, l'enfant ne vit concrètement qu'avec un seul de vex parents même s'il est aussi légalement rattaché à l'autre", 20

Um dos pioneiros defensores brasileiros do modelo plural de familia, no mundo jurídico, Orlando GOMES anunciava a mudança dos tempos no Direito de Família, ainda no período anterior ao advento do texto constitucional:

"Funda-se o casamento na vontade inicial, solenemente declarada ao juiz, e irretratável, da qual nasce, incontinenti, a familia legitima, subordinadas as relações assim criadas às nor- mas inderrogáveis pela vontade das partes. Mas a tendência para facilitar o divórcio, permitido pelo mútuo consentimento em muitas legislações e favorecido pela multiplicação de suas causas, está deslocando o fundamento do matrimônio para uma vontade contínua. Não se regride, evidentemente, à concepção romana, que vinculava seus efeitos à combinação de dois elemen- tos: a convivência e a affectio maritalis, dos quais nascia e se cimentava o mundo dos afetos mais vasto que é a família. Exige- se, entretanto, que perdurem os sentimentos determinantes da união conjugal, uma vez que se possibilita o rompimento do vín- culo matrimonial se seu desaparecimento torna intolerável a vida em comum. (...) Por outro lado, o interesse do Estado em que se legalizem as uniões sexuais se desenvolve juridicamente no senti- do da certeza que oferecem quanto às relações que originam"21.

Outro vanguardista, João Baptista VILLELA prenunciava o alvorecer do Direito de Família fundado em valores existenciais, abstraindo-se de qualquer aspecto material:

"As relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por muito complexas que se apre- sentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitada- mente disponíveis a quem delas queira tomar: afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das

20

MAZEAUD, Henri et al. Leçons de droit civil: la famille - 7ème.ed.Paris: 21

Montchrestien, 1995.t. 1, v. 3, p. 7.

GOMES, Orlando, op. cit., pp. 38-39.

instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor. 22

Com acentuada percepção, Heloísa Helena BARBOZA questionou e, em seguida, concluiu acerca de qual é o novo papel da família, no mundo contemporâneo: "Qual a função atual da família? Se é certo que ela é a base da sociedade, qual o papel que a ela cumpre desempenhar, já que não tem mais funções precipuamente religiosa, econômica ou política como outrora. Qual a base que se deve dar à comunidade familiar para que alcance a tão alme- jada estabilidade, tornando-a duradoura? Devemos reunir todas essas funções ou simplesmente considerar o seu verdadeiro e talvez único fundamento: a comunhão de afetos?"23 De acordo com a evolução do Direito de Família no século XX, alguns fenômenos têm se verificado, e influenciado pontualmente as mudanças: a) a estatização, ou seja, a crescente ingerência do Estado nas relações familiares; b) a retração, no sentido da substituição do modelo de família extensa, do tipo patriarcal, pelo modelo de família nuclear, constituída do pai, da mãe e dos filhos menores; c) a despatrimo- nialização, a saber, a mudança do caráter das relações patrimoniais da família, determinante da diminuição da importância do seu aspecto capitalista, dando maior ênfase a outros aspectos, como se constata nas relações de tipo alimentar; d) a democratização, ou seja, a tendência em transformar a organização familiar num grupo societário do tipo igualitário, cujo processo acompanha a emancipação dos personagens familiares, como a esposa e os filhos menores; e) a repersonalização e a desencarnação, representando a substituição do elemento carnal (ou biológico) pelo elemento psicológico (ou afetivo) e a conscientização de que na formação do homem deve-se atribuir maior valor à educação do que à hereditariedade; f) a dessacralização do casamento, no sentido de retirar os privilégios odiosos da instituição matrimonial,

aproximando-a da realidade sociológica, daí a maior facili- dade na dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, a admissão

22

VILLELA, João Baptista. As novas relações de família. In: XV CONFERÊNCIA DA OAB, Foz do Iguaçu. Anais. Foz do Iguaçu: OAB, 1994, p. 645.

23 BARBOZA, Heloisa Helena. Novas tendências do direito de família. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, n. 2, p. 232, 1994.

do companheirismo como realidade jurídico-familiar e a indistinção entre filhos matrimoniais e extramatrimoniais. Tais fenômenos foram perfeitamente apreendidos no texto constitucional de 1988, e se notabilizam por viabilizarem as transformações do Direito de Família, fundamentadas naquilo que a civilização humana tem de melhor: a esfera afetiva, espiritual, existencial e psicológica de todos os familiares.

No limiar da passagem do milênio, o certo é que o Direito Civil brasileiro se constitucionalizou, afastando-se da concepção individua- lista, tradicional e conservadora-elitista da época das codificações: "Diante do novo texto constitucional, forçoso parece ser para o intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Cons- tituição. De modo que, reconhecendo embora a existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil." 24. Na ótica perlingieriana, urge proceder uma "releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constitui- ção da República" com a visão segundo a qual "as normas consti- tucionais que ditam princípios de relevância geral são de direito substancial, e não meramente interpretativas; o recurso a elas, mesmo em sede de interpretação, justifica-se, do mesmo modo que qualquer outra norma, como expressão de um valor do qual a própria interpretação não pode subtrair-se. É impor- sante constatar que também os princípios são normas. "25

Assim, qualquer norma jurídica no Direito de Família brasileiro exige, com muito mais vigor que em qualquer época anterior, a presença de fundamento de validade constitucional, não podendo ser olvidada a lição de Gustavo TEPEDINO, com base na combinação

> TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 13. Dentro dessa perspectiva, anota Maria Celina Bodin de MORAES: "Correta parece, então, a elaboração hermenêutica que entende ultrapassada a summa divisio e reclama a incidência dos valores constitucionais na normativa civilística, operando uma espécie de "despatri- monialização" do direito privado, em razão da prioridade atribuída, pela Constituição, à pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento". (A caminho de um Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito, UERJ Disponível: http://fdir.uerj.br/rqi/01/ 3616804.htlm (visitado em 10 março de 1999). PERLINGIERI, Pietro, op. cit., pp. 10-11.

dos princípios constitucionais da isonomia dos filhos e do pluralismo dos modelos familiares com o fundamento da República do Brasil da dignidade da pessoa humana. Assim, tais valores "informam toda a disciplina familiar, definindo a nova tábua de valores em que exsurgem, no ápice no ordenamento, três traços característicos em matéria de filiação: 1. A funcionalização das entidades fami- liares à realização da personalidade de seus membros, em parti- cular dos filhos; 2. A despatrimonialização das relações entre pais e filhos; 3. A desvinculação entre a proteção conferida aos filhos e a espécie de relação dos genitores."26

As relações familiares, portanto, passaram a ser funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe. A efetividade das normas constitucionais implica a defesa das instituições sociais que cumprem o seu papel maior. A dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família o solo apropriado para o seu enraizamento e desenvolvimento, daí a ordem constitucional dirigida ao Estado no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independentemente da sua espécie. Propõe-se, por intermédio da repersonalização das entidades familiares, preservar e desenvolver o que é mais relevante entre os familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

"A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organi- zação, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem. "27

Dentro dessa perspectiva, podem ser enunciados os seguintes princípios gerais reconhecidos no texto constitucional de 1988, em matéria de Direito de Família (ainda que não exclusivos desse segmento do conhecimento jurídico): a) o princípio e fundamento da

26 TEPEDINO, Gustavo, op. cit., pp. 393-394.

27 PERLINGIERI, Pietro, op. cit., pp. 243-244.

dignidade da pessoa humana (art. le, inciso III); b) o princípio da tutela especial à família, independentemente da espécie (art. 226, caput); c) o princípio e fundamento do pluralismo e da democracia no âmbito dos organismos familiares, bem como da escolha da espécie de família (art. 1º, inciso V)"; d) o princípio da igualdade em sentido material de todos os partícipes da família (art. 5º e inciso I); "e) os

Sobre tal princípio, faço minhas as palavras do brilhante José Afonso da SILVA: "Poderíamos dizer que a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, principio constitucio- nal fundamental e geral que inspiram a ordem jurídica. Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do país, da democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí a sua natureza de valor supremo. porque está na base de toda a vida nacional". (A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro, n. 212, abril/junho de 1998, p. 92). Na França, o Conselho Constitu- cional reconheceu status constitucional ao princípio da salvaguarda da dignidade da pessoa humana: "La saisine du Conseil constitucionnel par le président de l'Assemblée nationale a permis de donner au principe de la << sauvergarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation>> une consécration constitutionnelle (décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1994)" (SALAT-BAROUX, Frédéric. Les Lois de Bioéthique. Paris: Dalloz, 1998, p. 6).

29 Como observa Sérgio FERRAZ, "Conquanto ainda prestigie o casamento como a via excelsa para a validade da família (tanto assim que, relativamente à união estável de fato, a lei deverá facilitar sua conversão em casamento), não teve a Constituição hesitação em equiparar a família por ele constituída à união de fato estável, para os fins do reconhecimento e da tutela estatais" (Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 27).

30 Quanto à presença da democracia no âmbito da família contemporânea, Gustavo TEPEDINO observa: "A comunidade familiar (...) deixa de ser uma sociedade hierarquizada, como no Código Civil (em que o homem era o chefe da sociedade conjugal, titular do poder marital e do quase ilimitado pátrio poder). transformando-se em sociedade democrática. Com efeito, segundo o § 5º do art. 226, 'Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher'. Já os arts. 15 a 24 da Lei n. 8.069/90. o chamado Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), expressão infra- constitucional do art.

227, Constituição Federal, assegura o direito a opinião e expressão dos filhos (art. 16, ECA), corroborando a estruturação democrática

que deve permear a sociedade familiar." (Temas..., p. 394). Tal como tratado no texto de 1988, o princípio isonômico assumiu a função de primeiro e mais importante princípio fundamental, balizador de toda a ordem juri-

princípios e objetivos da liberdade, da justiça e do solidarismo nas relações familiares (art. 3º, inciso I); f) o princípio e objetivo da beneficência em favor dos partícipes do organismo familiar (art. 3º, inciso IV).32

Além destes, há outros princípios especiais (ou específicos) de Direito de Família, que exsurgem da Constituição Federal de 1988 - sendo que alguns deles são implícitos a partir da normativa consti- tucional: a) princípio da paternidade responsável, vinculado ao método interpretativo the best interest of the child (art. 226, § 7°);33 b) princípio da prevalência do elemento anímico da affectio nas relações fami- liares (em decorrência da previsão do divórcio, com prazos diminuídos, e do expresso reconhecimento da perda da affectio maritalis diante da separação de fato por dois anos), nos termos do art. 226, § 6º;

c) princípio da pluralismo das entidades familiares (art. 226, §§ 1º, 3º e 4°); d) princípios da liberdade restrita e beneficência à prole em matéria de planejamento familiar (art. 226, § 7º);34 e) princípio e dever

dica, aplicável a todos. Acerca de tal princípio, merece destaque o enfoque contemporâneo, a partir da concepção de pós-modernidade de Erik JAYME: "A igualdade é uma meta-narrativa da modernidade, mas a pós-modernidade tende a destacar o que há de 'diferente' e 'privilegiador' nestes novos direitos humanos, permitindo a desigualdade formal para atingir a igualdade material, mas também a desigualdade material e formal" (MARQUES, Cláudia Lima et alli, op. cit., p. 27).

32 Nos termos do art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, é objetivo neces- sário do Estado a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou discrimina- ções, instrumentalizando a dignidade da pessoa humana.

33 De acordo com Sérgio FERRAZ, o princípio da paternidade responsável deve levar em conta que "a constituição da prole só é desejável quando os pais, naturais ou artificiais, têm condições de todo gênero inclusive econômicas) para garantir a vida, a criação, a manutenção, a saúde e a educação dos filhos" (op. cit., p. 27). No direito inglês, Andrew BAINHAM acentua tal princípio, escla- recendo que o seu sentido é mais restrito do que aquele constante da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da criança: "Family lawyers will immediately

detect echoes of the 'welfare principle' in English law but will also be struck by the difference in wording between the two provisions". (Children: the modern law. Second edition. Bristol: Jordan Publishing Limited, 1998, p. 60).

34 "Este dispositivo eleva à categoria de norma constitucional muitos dos princípios correlacionados aos direitos reprodutivos veiculados pelos documentos interna- cionais de direitos humanos, notadamente o Plano de Ação da Conferência Inter- nacional do Cairo sobre População e Desenvolvimento de 1994 e a Plataforma de Ação de Beijing de 1995" (PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998, pp. 182-183). "O planejamento familiar parece

da convivência familiar (art. 227, caput); f) princípio da prioridade da proteção absoluta e integral da criança e do adolescente (art. 227. caput), incluindo a sua colocação em família substituta (art. 227, § 3º. inciso VI, e § 5º); g) princípio da isonomia entre os cônjuges (art. 226, § 5º) e, implicitamente, entre os companheiros; h) princípio da isonomia entre os filhos, independentemente da origem (art. 227, § 6º)35; i) prin- cípio da não-equiparação entre o casamento e o companheirismo (art. 226, § 3°).36

ser a mais difundida concepção ligada ao tema dos Direitos reprodutivos e aceita por nosso preceito jurídico". (PIMENTEL, Silvia. Direitos reprodutivos e ordenamento jurídico brasileiro. Caderno da Comissão de Cidadania e Repro- dução. [s.I.], dezembro de 1993, p. 13).

35 Como aponta a doutrina, há, na verdade, duas vertentes que resultam do disposto no art. 227, § 6º, da Constituição Federal: a) o direito do filho "diferente" à igual- dade, o interesse e imposição legislativos de igualdade de direitos; e b) o direito de igualdade de qualificações (MARQUES, Cláudia Lima et allii, op. cit., p. 27). Nas precisas palavras de João Baptista VILLELA, ao se referir à busca da igualdade em matéria de filiação, havia "a consciência de que era preciso pôr um cobro à insuportável desigualdade de regimes" (O modelo constitucional da filiação: verdade e superstições. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 2, julho/setembro de 1999, p. 124).

A respeito do assunto, Paulo Luiz Netto LOBO comenta: "O princípio do pluralis- mo de entidades, especificando o da liberdade, é delimitado pelo modelo prefe- rencial da família constituída pelo casamento, que deixou de ser exclusivo para ser exemplar ou promocional" (O ensino do direito de família no Brasil. In: WAMBIER, Teresa A. A. e LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito de família: aspectos consti- tucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994. v. 4, p. 314).

BREVES NOTAS SOBRE A ORIGEM E A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

Qualquer análise envolvendo tema relacionado à família contemporânea demanda uma breve digressão acerca da evolução do organismo natural, ético, moral, econômico, religioso e, principalmente, social que é a família. Como ressalta Giselda HIRONAKA, "há uma imortalização na idéia de família"37, levando em conta que a história da civilização humana sempre esteve e assim prosseguirá indefinidamente - atrelada à história da família. O modelo familiar sempre sofreu marcada influência do poder político, econômico, religioso e social da época e localidade nas quais estava inserido, daí as tensões geradas no próprio seio da sociedade quando a força da natureza não coincidia com o arcabouço jurídico criado pelo Homem 38. E, em virtude de tal dissonância, a família não é valor objeto de preocupação apenas do Direito, mas sim reúne uma gama

37 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolu- ção, p.8. A mesma autora complementa: "Mudam os costumes, mudam os homens, muda a história; só parece não mudar esta verdade, vale dizer, a atávica neces- sidade que cada um de nós sente de saber que, em algum lugar, encontra-se o seu porto e o seu refúgio, isto é, o seio de sua família".

38 Sobre o assunto, por todos, Alicia Pérez DUARTE: "... la evidencia de la variedad de tipos de familias no contempladas por la norma nos permiten afirmar que, más allá de la pretendida naturaleza, existen reglas de derecho que buscan institucionalizar tanto las relaciones como las estructuras y las funciones del grupo familiar" (Derecho de familia. México: FCE, 1995, p. 19), esclarecendo que se o tratamento normativo não se conjugar com outros fatores, principalmente sociológicos, ele estará exposto à degradação, caindo no mais vazio formalismo.

de campos do conhecimento humano para buscar a sua perfeita compreensão e estudo. Não se pode conceber um só modelo de família, diante da multiplicidade de culturas sociais, regimes políticos, sistemas econômicos e, mesmo, religiões". Não há campo, pois, para a família universalmente considerada como modelo único, hermético, estanque e intocável.

2.1. ORIGEM DA FAMÍLIA

Há sérias controvérsias acerca da origem da família, já que as diversas teorias que surgiram a tal respeito são reputadas como simples hipóteses, baseadas ora em dados obtidos sem comprovação sufi- ciente, ora no estudo dos grupos humanos existentes na atualidade, ainda em estágio primitivo40. De acordo com a teoria matriarcal41, após o estágio original da promiscuidade sexual, no qual todas as mulheres pertenceriam a todos os homens, evolui-se para o momento em que a genitora era o centro e a origem da família, existindo apenas o

parentesco uterino, diante da certeza da maternidade e da insegu- rança acerca da paternidade. A teoria patriarcal, ao contrário, nega

39 Sobre o assunto, com ampla citação de fontes históricas na realidade do Brasil- Colónia, remeto o leitor à obra A outra família: concubinato, Igreja e escândalo na Colônia, de Fernando TORRES-LONDOÑO, de que destaco o seguinte trecho: "Satisfações de necessidades e desejos individuais pesavam mais que a preservação de interesses patrimoniais e a instrumentalização de estratégias matrimoniais cole- tivas. A escolha do companheiro e a seleção dos vínculos entre homens e mulheres respondiam dessa forma à necessidade de sobrevivência, de proteção, de afeição, o que nas condições da geografia descrita se sobrepunha aos impedimentos levan- tados pela sociedade colonial, fossem eles sociais, canônicos ou religiosos." (São Paulo: Edições Loyola, 1999, p. 61).

46 A respeito do tema, ver BELLUSCIO, Augusto César. Manual de derecho de familia. Tomos I e II, 6ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1996, pp. 11-12 e PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 5. p. 16. Os autores se referem à discussão existente, a despeito dos inúme- ros estudos e pesquisas investigatórias realizadas até os dias atuais.

Como defensores de tal teoria, são apontados os nomes de MORGAN, MAC LENNAN & GIRAUD-TEULON (BELLUSCIO, Augusto César, op. cit., pp. 12-13.) Nas palavras de BELLUSCIO, "su principal expositor fue Sumner Maine, para quien el origen de la sociedad se halla en la unión de familias distintas, cuyos miembros se unen bajo la autoridad y protección del varón de más edad". (op. cit., p. 13).

a promiscuidade sexual originária, sustentando que desde os tempos mais remotos o pai sempre foi o centro da organização familiar 42.

Contudo, a controvérsia existente não é empecilho a que se proceda a análise da evolução da família nas nações ocidentais, princi- palmente, diante do reconhecimento de que a família contemporânea tem como antecedente remoto o modelo da estrutura familiar da civi- lização romana. Em Roma, quando do aparecimento do Estado, a família já seguia o modelo tipicamente patriarcal, tendo como expoente o pater familias 43, no qual inseria-se o princípio da autoridade do pater, de forma incontestável. Nas formas mais antigas de matrimônio, entre os romanos, são lembrados os casamentos por compra ou troca, sob as modalidades da coemptio - venda simbólica da mulher ao noivo, seguindo a ritualística prevista -, e da confarreatio – celebra- ção do casamento, de natureza religiosa e forma solene -, além do casamento por rapto e casamento pelo usus.

Há notícia de que o matrimônio não foi devidamente regula- mentado no Direito romano e, assim, não recebeu disciplina jurídica. San Tiago DANTAS equiparou o casamento, em Roma, à posse, como situação de fato, que deveria conjugar os elementos subjetivo e objetivo.44 O

elemento subjetivo do casamento era a affectio maritalis, de difícil conceituação, mas entendido, sob o prisma externo, como sendo o tratamento dado pelo marido à esposa, associando-a à sua condição social, aos seus costumes, ao seu nome e ao seu modus vivendi; sob o prisma interno, íntimo do casal, era o consenso contínuo, a intenção do marido de viver com a esposa até a morte. Tal elemento anímico é de vital importância na fase atual da família contemporânea, onde os valores existenciais devem preponderar sobre qualquer outro, mormente no organismo familiar. O elemento objetivo do casamento

43 Como dito por San Tiago DANTAS, o pater familias era "o ascendente mais velho, ainda vivo, que reúne os descendentes sob a sua autoridade, formando a família" (Direitos de família e das sucessões, 2ª ed., rev. e atual., por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 18).

44 Assim, San Tiago DANTAS comentou o tema, afirmando que o casamento romano "é um quid facti, não é um quid iuris; e nisto se assemelha à posse, que era também uma situação de fato entre o possuidor e a coisa, à qual, entretanto, o direito comunicava certos efeitos." (op. cit., p. 31).

romano era a deductio in domum mariti, ou seja, a transferência da mulher para a casa de seu marido.

Afora outras distinções, um dos pontos diferenciadores entre as justae nuptiae e o concubinatus era a presença da affectio maritalis entre os casados, e a sua ausência entre os concubinos. Daí a razão pela qual a concubina não tinha a honor matrimoni, pois esta era privativa das esposas, na civilização romana. Acerca do tema, Heloisa Helena BARBOZA apontou a presença do elemento subjetivo no casamento romano: "a intenção de serem marido e mulher, o con- senso contínuo, expresso na affectio maritalis"45. As mesmas caracte- rísticas acerca do modelo patriarcal, e a conotação política, hierar- quizada do organismo familiar, foram observadas no tocante à família primitiva grega.

2.2. EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

Diante do surgimento do Cristianismo, a Igreja Católica passou a tratar de alguns temas com o estabelecimento de normas, denomi- nadas cânones, para diferenciá-las das leis que provinham do Estado e, no decorrer do tempo, um dos assuntos mais freqüentemente cuida- dos através dos cânones, passou a ser a família e, em especial, o matrimônio. Importante observar que, originariamente, não havia qualquer proibição à constituição de famílias fora do casamento, apesar deste ser considerado um sacramento, tal como o batismo, a comunhão e

outros. O matrimônio era considerado a graça necessária que o homem recebia de Deus para se afastar da concupiscência, conser- vando-se dentro do amor cristão. Nesse contexto, o homem deixa sua família original, unindo-se à esposa, quando serão dois em uma só carne; portanto, aquilo que Deus uniu o homem não separa, ou seja, o sacramento da indissolubilidade do vínculo matrimonial. Assim, para o direito canônico, somente era importante o elemento subjetivo consensus no momento inicial do casamento, sendo

BARBOZA, Heloisa Helena. Família, casamento, união estável conceitos e efeitos à luz da Constituição de 1988. Revista da Faculdade de Direito da Uni- versidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 1. n. 1, p. 126, 1993.

irrelevante a sua continuidade, ao passo que o elemento objetivo passou a ser a cópula entre o casal. Não houve adoção de medidas contrárias aos companheiros, a não ser em época posterior, quando o poder material da Igreja Católica começou a sofrer abalo.

Durante a Idade Média, houve grande influência do Direito bárbaro em matéria de casamento, já que nos agrupamentos germânicos primitivos a celebração do casamento era feita perante a reunião de homens livres, para, posteriormente, ocorrer perante juízes e, finalmente, somente na presença de um juiz, na condição de representante da comunidade. Há desenvolvimento, por influência eclesiástica, da teoria dos impedimentos matrimoniais, e a adoção de procedimentos, tal como a sindicância prévia, para evitar a constituição de uniões viciadas. Alguns acontecimentos históricos, como o movimento cultural renascentista e, em especial, as Reformas Reli- giosas passaram a negar a natureza sacramental e eclesiástica do casamento, abrindo horizontes para o reconhecimento, e posterior aceitação, do casamento civil, transferindo para o Estado a regula- mentação e o controle das uniões de pessoas através do casamento.

Eduardo de Oliveira LEITE aponta o movimento religioso da Reforma luterana e, imediatamente, a Revolução Francesa, como sendo os acontecimentos que tiveram papel marcante ao casamento civil, tal como ele é concebido nas codificações, transferindo as questões relativas ao controle das uniões entre pessoas não-parentes para a competência do Estado: "À doutrina científica coube sepa- rar o casamento da religião, mostrando o caráter temporal da instituição, que os Estados acabaram por adotar, chamando a si a regulamentação e inserindo-a nas codificações realizadas a partir do séc. XIX, como elemento cardeal na edificação do

A respeito do tema, e com importante análise histórico-social, veja a obra A outra família, de Fernando TORRES-LONDOÑO: "À medida que a Igreja realizava plenamente o escândalo do concubinato, produzia uma quebra na comuni dade, dividia as pessoas em bons e maus cristãos e se afirmava como poder que ditava e controlava as normas." (op. cit., p. 197).

LEITE, Eduardo de Oliveira. O concubinato frente à nova Constituição: hesita ções e certezas. In.: PINTO, Teresa Arruda Alvim, p. 657 (Coord.). Direito de familia aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993, vol. 1, p. 94.

Direito de Familia"47. Assim, com a interferência do Estado no tratamento normativo da organização familiar, a família jurídica somente poderia apresentar sua conformação com a lei, por meio dos elementos predominantemente legais, geralmente voltados aos valores patrimoniais. O Code Civil, de 1804, atribuiu os contornos da estrutura familiar legal, de índole hierarquizada, patriarcal, centralizadora na pessoa do seu chefe, excluindo de legitimidade qualquer outra espécie de união. É célebre o comentário feito por Napoleão a respeito do concubinato: 'la société n'a pas d'intérêt a le reconnaître'.

Diante das fontes históricas do Direito brasileiro e levando em conta a marcante influência do Code Civil no movimento das codi- ficações, inclusive na formulação do Código Civil brasileiro, podem- se apontar os seguintes e mais importantes princípios como sendo prevalentes no Direito de Família brasileiro durante quase todo o período de um século (1890 a 1988): a) o da qualificação como legítima apenas à família fundada no casamento, em obediência ao modelo civilista imposto; b) o da discriminação dos filhos, com desconsideração de qualquer filho espúrio da estrutura familiar; c) o da hierarquização e patriarcalismo na direção da família; d) o da preservação da paz familiar, ainda que em detrimento dos seus integrantes; e) o da indissolubilidade do vínculo matrimonial; f) o da imoralidade do "concubinato".

3

FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Como acentua Gustavo TEPEDINOS, o conceito de família é relativo, altera-se continuamente, renovando-se como ponto de referência do indivíduo na sociedade e, assim, qualquer análise não pode prescindir de enfocar o momento histórico e o sistema normativo em vigor. A família, antes de mais nada, é uma realidade, um fato natural, uma criação da natureza, não sendo resultante de uma ficção criada pelo homem. Daí o comentário lapidar de Virgílio de Sá PEREIRA: "Agora, dizei-me: que é que vedes quando vedes um homem e uma mulher, reunidos sob o mesmo teto, em torno de um pequenino ser, que é o fruto de seu amor? Vereis uma família. Passou por lá o juiz, com a sua lei, ou o padre, com o seu sacramento? Que importa isto? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural. "49

O termo "família" é objeto de referência expressa em diversas passagens da normativa legal brasileira, não apenas no âmbito da legislação civil. Muitas vezes, a sua significação não é a mesma, razão pela qual deve-se sempre buscar o seu verdadeiro alcance mediante o trabalho

hermenêutico. Tal circunstância não é exclusiva do Direito brasileiro, conforme se verifica nos escritos de CARBONNIER 50 e BELLUSCIOS, respectivamente, nos Direitos francês e argentino.

TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 326.

Apud HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, op. cit., pp. 12-13.

CARBONNIER, Jean. Droit civil: la famille. 19. ème. Paris: PUC, 1998. 1. 2.

17-18

LACIO, Augusto Cesar, op. cit., pp. 3-5

Algumas classificações doutrinárias, como a família em sentido amplo a família em sentido estrito - pequeña familia, na Argentina-, famiha nuclear, atualmente não possuem mais a importância d'outrora, diante do contexto valorativo que deve ser feito através da interpretação da norma. Outras, como família legítima, família ilegítima, família adotiva, por exemplo, perderam seu fundamento constitucional de validade no Direito brasileiro, pois fundamentalmente levavam em consideração a qualificação dos filhos, para efeito de distingui-los no tocante à atribuição de direitos ou não.

De acordo com Rodrigo da Cunha PEREIRA, a família é uma estruturação psíquica onde cada integrante possui um lugar definido, independente de qualquer vínculo biológico: "Assim, a partir do momento em que considerarmos a família como estrutura, veremos que a sua importância está antes e acima das normas que deter- minam sobre as formalidades de um casamento, por exemplo Com efeito, é fato o alvorecer dos novos tempos, em matéria de família jurídica. Ao modelo da família formal, tutelada pelo Direito em todo o mundo, acrescenta-se a concepção jurídica remodelada de uma nova família, célula essencial da civilização humana, com maior ênfase nas pessoas dos familiares do que na instituição familiar. Há, indubitavelmente, uma função primordial e permanente da nova família: a de viabilizar a constituição e o desenvolvimento das melhores potencialidades humanas; a de atuar em prol do aperfeiçoamento das instituições sociais com aspecto marcadamente funcional e instru- mental. E, dentro de tal contexto, a família contemporânea deve ser fundamentar em valores e princípios diversos daqueles que alicer- çaram o modelo tradicional e oitocentista da família matrimonial, sendo o casamento antigamente encarado como "espaço público único para a formação de uma família, como instituição que garantia a ordeira transmissão de bens. "53

O saudoso Orlando GOMES, mesmo no período anterior à Constituição de 1988, anunciava a chegada de um novo renascer do organismo familiar para o Direito, esclarecendo que a proteção estatal

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e união estável 2ª ed., Belo Hori

zonte: Del Rey, 1995, p. 25.

TORRES-LONDOÑO, Fernando, op. cit., p. 88.

à família não poderia mais se resumir às famílias fundadas no casamento, mas deveria estender-se também às famílias constituídas sem o ato solene e formal do casamento: "... o interesse do Estado em que se legalizem as uniões sexuais se desenvolve juridica- mente no sentido da certeza que oferecem quanto às relações que originam"54. No início da década de oitenta, e com o mesmo sentido, João Baptista VILLELA observava que é impossível apontar o modelo ideal de família: "Tantas são as variáveis culturais, éticas, políticas, econômicas e religiosas que a pressionam e modelam, mas sobretudo tantas são as imponderáveis aspirações e inspi- rações do homem na situação de família que nenhum modelo cerrado atenderia a umas e a outras. Só a família fundada na aptidão para responder aos mistérios de amor e comunicação que habita cada ser humano o pode livrar do vazio e da solidão. O modelo há de ser, por conseguinte, aberto..."55.

As famílias devem espelhar a própria formação democrática do convívio em sociedade, sob o prisma político-ideológico, fundando- se em valores existenciais e psíquicos, próprios do ser humano, como os sentimentos de solidariedade, afeto, respeito, compreensão, carinho e aceitação, que afastam os valores autoritários, materialistas, patri- monialistas e individualistas que nortearam a família matrimonial.

Qualquer abordagem contemporânea em matéria de família jurídica deve levar em conta tal mudança de eixo. Assim, as transformações jurídicas exigem a funcionalização de qualquer aspecto patrimonial nas relações familiares ao atendimento das necessidades existenciais dos integrantes da família, voltadas aos valores e princípios encampa- dos pelo documento constitucional de 1988 que, nessa matéria, merece acentuado destaque.

GOMES, Orlando, op. cit., p. 39

VILLELA, João Baptista. As novas relações de família, p. 643.

A FAMÍLIA E A NOVA TÁBUA AXIOLÓGICA

4.1. O DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

Atualmente, o Direito Civil não pode mais ser concebido sob a ótica individualista, tradicional, patrimonialista e conservadora-elitista da época das codificações. Seguindo tendência mundial, no Direito brasileiro, é importante notar o indispensável e relevante papel da Constituição Federal no âmbito do Direito Privado. Aliás, cuida-se de mais um capítulo relativo à propalada dicotomia público/privado, abalando os alicerces edificados pela doutrina tradicional na summa divisio do direito - direito público e direito privado. Tal summa divisio, hodiernamente, não prossegue nos termos em que tradicionalmente foi pensada. Importante é a observação de Michele GIORGIANNI: "... as modificações trazidas pela intervenção dos poderes públi- cos na economia deveriam ser, todavia, inseridas no quadro das transformações sofridas pelo Direito Privado, seja através do abandono de seu significado 'constitucional', seja através do progressivo ofuscamento e seu significado individualista. "56

GIORGIANNI. Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 747, p. 46, jan. 1998. Norberto BOBBIO, também, ao analisar "A grande dicotomia: público/privado", aponta as transformações ocorridas, mormente diante dos fenômenos da publicização do privado e da priva- tização do público, autorizando uma mudança de enfoque quanto a tais categorias "para a compreensão histórica e para a enunciação de juízos de valor no vasto campo percorrido pelas teorias da sociedade e do Estado (Estado, governo e sociedade. São Paulo: Paz e Terra, 1987. p. 31).

Desse modo, como observado por Maria Celina Bodin de MORAES, "a separação do direito em público e privado, nos termos em que era posta pela doutrina tradicional, há de ser abandonada. [...] Com cada vez maior freqüência aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado, em relação aos quais não há uma delimitação precisa, fundindo-se, ao contrário, o interesse público e o interesse privado. "57 No curso do século XX, tem-se observado o fenômeno da descodificação do direito, ou seja, "o direito novo tende a evadir-se dos códigos"58 permitindo o aparecimento de textos legislativos esparsos, criando os denominados microssistemas do direito. O Código Civil constituía o diploma básico do ordenamento jurídico, espraiando seu campo de atuação inclusive em outros ramos do Direito. Acontecimentos mundiais, no entanto, repercutiram no fenômeno jurídico, conduzindo- se à socialização do direito privado à margem dos Códigos, na expressão de Antunes VARELA, que assim a explicou: "um alarga- mento constante das zonas, tanto da legislação especial, como do direito excepcional, em sectores particularmente significativos da própria área do direito privado"59. Com o evoluir dos aconte- cimentos e das transformações da própria sociedade, a excepciona- lidade da legislação dita extravagante foi dando lugar à permanência do regramento normativo sobre determinadas matérias que deixaram, em definitivo, o texto

codificado: "estas novas leis, reivindicando áreas privativas e exclusivas de jurisdição, tendem a reger-se por princípios diferentes dos que inspiram a restante legislação. Formam-se assim, dentro da ordem jurídica, verdadeiros micros- sistemas legislativos, que deliberadamente se afastam das regras gerais do jogo, aplicáveis às restantes instituições. "60

MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um Direito Civil Constitucional

* O tema é tratado por VARELA, João de Matos Antunes. O movimento de desco dificação do direito civil. Estudos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 500 e IRTI, Natalino. L'età della Jecodificazione. Revista de direito civil. v. 10. ano 3. outubro/dezembro de 1979.

VARELA, João de Matos Antunes, op. cit., p. 507.

Ibid., p. 510

E, paulatinamente, como conseqüência das mudanças detecta- das, o Código Civil deixa de ser o centro de toda a ordem jurídica: "o aspecto, digamos assim, 'constitucional do Direito Privado pertence hoje, sem qualquer contraste ao Direito Público, ao mais públicose se pode dizer - dos direitos, ou seja, ao Direi- to Constitucional, e é consignado às 'constituições dos Esta- dos Modernos"61

"O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paula- tinamente, definem princípios relacionados a temas antes reser- vados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vonta- de "62. O Direito Civil, portanto, se constitucionalizou, apresentando forte carga solidarista e despatrimonizante, com a atribuição de maior relevância à pessoa humana (o ser) do que ao seu patrimônio (o ter). Ao tratar da despatrimonialização do Direito Civil, PERLINGIERI comenta: "... se evidencia que no ordenamento se operou uma opção que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (supe- ração do individualismo) e patrimonialismo (superação da patri- monialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consu- mismo, depois, como valores). "63 A agonia do Código Civil4, tal como bem retratada pelo saudoso Orlando GOMES, conduz ao deslocamento dos princípios e valores - que devem nortear os temas envolvendo o Direito Privado para a Constituição Federal, sem quebra da unidade do sistema: "Diante do novo texto constitu- cional, forçoso parece ser para o intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição. [...] Se o Código Civil mostra-se incapaz - até mesmo por sua posição hierárquica de informar, com princípios estáveis, as regras contidas nos

GIORGIANNI, Michele, op. cit., p. 42. Maria Celina Bodin de MORAES também acentua a perda da centralidade do Código Civil quanto ao tratamento normativo das relações de direito privado: "Tal pólo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito à

hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos principios fundamentais do ordenamento."

(op. cit., p. 3).

TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 7.

PERLINGIERI, Pietro, op. cit. p. 33.

GOMES, Orlando "A agonia do Código Civil". Revista de direito comparado luso-brasileiro, [SL], v. 10, pp. 1-9, 1986.

diversos estatutos, não parece haver dúvida que o texto constitu- cional poderá fazê-lo, já que o constituinte, deliberadamente, através de princípios e normas, interveio nas relações de direito privado, determinando, conseguintemente, os critérios interpre- tativos de cada uma das leis especiais, s

4.2 A FAMÍLIA SOB O DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

Na fase contemporânea da evolução do Direito Civil, em especial no Brasil, incontestavelmente vinculada aos valores e princípios alçados ao texto constitucional, aparece o tema relacionado à família não-fundada no casamento. A matéria é de instigante atualidade e relevância, diante dos incomparáveis reflexos que as normas constitucionais produziram na ordem jurídica, no campo do Direito de Família, mormente diante da coragem constitucional. Na ordem jurídica brasileira, desde o texto constitucional de 1934, a família passou a ser expressamente tratada em nível constitucional, a despeito das críticas feitas por alguns ao legislador constituinte, sob o argumento de que tal assunto não era materialmente constitucional. Não foi postura exclusivamente adotada no direito nacional brasileiro, conforme noticiam Jean CARBONNIER e Paolo BISCARETTI DI RUFFIA. Contudo, a proteção especial do Estado, prevista no texto constitucional, apenas tinha como destinatária a família matrimonial, porquanto apenas o casamento era reconhecido como instituto formador e legitimador da família brasileira.

O tratamento dado à família pela Constituição de 1934, posto que manifestada em momento diverso do advento do Código Civil de

TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 13. Trata-se de observar a precisa advertência de Pietro PERLINGIERI: "as normas constitucionais que ditam princípios de relevância geral são de direito substancial, e não meramente interpretativas: o recurso a elas, mesmo em sede de interpretação, justifica-se, do mesmo modo que qualquer outra norma, como expressão de um

valor do qual a própria interpretação não pode subtrair-se. É importante constatar que também oз princípios são normas." (op. cit., pp. 10-11).

CARBONNIER, Jean, op. cit., p. 298.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. Direito constitucional. Trad. Maria Helena Diniz São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 564.

2. CE re

1916, seguia ideologia carregada de fundo preconceituoso e conser- vadorista, consoante a qual o dogma da indissolubilidade do vínculo matrimonial - atrelado à paz familiar - era indiscutível e absoluto. A família, como instituição, era merecedora de tutela constitucional, ao passo que seus integrantes, como pessoas, não gozavam de tal proteção, ainda que a convivência fosse altamente prejudicial ao casal e, com maior freqüência, à descendência resultante de tal vínculo formal. O reconhecimento jurídico da família natural a partir de textos legislativos posteriores, ou seja, aquela resultante de parentalidade extramatrimonial (desde que não adulterina) não representou qualquer abalo nos alicerces da família tutelada pela Constituição, já que manteve-se inalterado o sistema tradicional das relações familiares envolvendo o controle quanto à sexualidade das uniões apenas no campo matrimonial. É importante notar, no período anterior ao advento do texto de 1988, a proposital omissão normativo-constitucional acerca da existência de outras famílias, aquelas fundadas não no vínculo formal do casamento, mas sim no convívio diuturno, more uxorio, sem ferir qualquer valor ético-filosófico (ausência de impedimentos matrimoniais, como o incesto, a bigamia, a coação, v.g.).

Atualmente, qualquer norma jurídica de Direito de Família requer a verificação do fundamento de validade constitucional, não podendo ser olvidada a lição de Gustavo TEPEDINO, com base na combinação dos princípios da isonomia dos filhos e do pluralismo dos modelos familiares, com o fundamento da República do Brasil da dignidade da pessoa humana. Assim, tais valores "informam toda a disciplina familiar, definindo a nova tábua de valores em que exsurgem, no ápice do ordenamento, três traços característicos em matéria de filiação: 1. A funcionalização das entidades familiares à reali- zação da personalidade de seus membros, em particular dos filhos; 2. A despatrimonialização das relações entre pais e filhos; 3. A desvin- culação entre a proteção conferida aos filhos e a espécie de relação dos genitores. "68

*TEPEDINO, Gustavo, op. cit., pp. 393-394. E, mais adiante, complementa: a realização do individuo tem supremacia sobre a instituição matrimonial, na ótica do constituinte e o conceito de unidade familiar não mais se confunde com a

A Constituição Federal permitiu, na linha da evolução propor- cionada por determinados fenômenos de mudanças, a abertura do sistema em matéria de Direito de Família. Ou, como já foi dito: o mérito da Constituição Federal de 1988 foi o de "obrigar a inter- pretação das leis infraconstitucionais a uma nova realidade mate- rial: a de igualdade entre familiares nas suas relações de conví- vio" permitindo que todos os familiares sejam reconhecidos e devidamente tratados como sujeitos de direitos, autorizando "o reconhecimento de suas individualidades e de um maior respeito a seus direitos fundamentais."

unidade matrimonial, sendo exta instramento para a tutela da pessoa humana" (p. 395)

MARQUES, Cláudia Lima et allii, op. cit., pp. 28-29.

5

FAMÍLIA NÃO-FUNDADA NO CASAMENTO

"Várias causas estão na base da formação de relações fami- liares fora do modelo estruturado pela organização estatal ou pela Igreja. Assim nascem as convivências espontâneas: as de conteúdo e funções atípicas como aquelas entre homossexuais e as que, mesmo instaurando-se por uma exigência típica e expli- citamente considerada merecedora de tutela (como a união entre um homem e uma mulher), realizam-se prescindindo do ato oficial e sacramental que é o casamento..."70. Importante separar, num primeiro momento, as famílias não-fundadas no casamento resultantes da união entre pessoas que até então não tinham qualquer vínculo jurídico - famílias concubinárias, fundadas no companheirismo, no convívio more uxorio, por exemplo, daquelas outras fundadas no vínculo da parentalidade - família monoparental, e como espécie a família adotiva". Assim, podemos dividi-las em famílias parentais e conjugais, adotando como critério de distinção a existência (ou não) do vínculo de parentalidade, desconsiderando, por óbvio, o casamento desse contexto.

PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 253.

De acordo com Eduardo de Oliveira LEITE, a família, tal como referida na Constituição Federal, abrange "não somente a família fundada no casamento 1...), mas ainda as novas formas de conjugalidade, como a união de fato (art. 226. §3"), a família natural assente no fato da procriação (art. 226, § 4") ea família adotiva (adoção por pessoa não casada)". (O concubinato frente à nova Constituição: hesitações e incertezas, p. 97).

5.1 FAMÍLIAS CONJUGAIS

A despeito do grande avanço constitucional em matéria de Direito de Família, forçoso é reconhecer que algumas famílias sociológicas ainda se mantém à margem da família jurídica, diante dos valores e principios constitucionais que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro. Assim, por exemplo, as famílias de fato resultantes jurunião sexual entre parentes - pai e filha - não têm a tutela do ordenamento jurídico brasileiro, nem a união entre pessoas do mesmo sexo. O trabalho procurará, à luz da normativa constitucional, apresentar as famílias não fundadas no casamento, diante dos seus requisitos e características, que são tuteladas pelo Direito brasi- leiro, procurando delimitar seus contornos para que possam ser verificados os outros modelos de famílias que não recebem a pro- teção jurídica.

Com respeito à terminologia empregada em matéria de família conjugal não-fundada no casamento, a designação do instituto sempre foi a mais variada, o que representava certa dose de desprezo ao assunto. Tradicionalmente, o termo "concubinato" era empregado, e etimologicamente concubinatus deriva do verbo concubare ou concumbere, significando comunhão de leito". Contudo, as refe- rências contidas no Código Civil, todas no sentido de criar proibições ou restrições, criaram uma carga de preconceito, de discriminação, dispensada às uniões extramatrimoniais, assemelhada ao termo "des- quite". Esta é a razão pela qual se fez necessário alterar a designa- ção, extirpando o tom discriminatório, tendo a Constituição Federal adotado o termo "união estável". Contudo, este termo também não é o mais recomendável, porque formado com o adjetivo "estável", característica que pode sugerir que somente este tipo de união é dotado de estabilidade, não tendo por exemplo a união matrimonial

No direito francés, Alain BÉNABENT observa: "Deux expressions désignent le même phénomène, à savoir une union hors mariage présentant une certaine stabilité: le terme de concubinag union hors mariaccent sur l'élément matériel cum cubare coucher averinage, plus cru met plus intellectuel, sur l'élément Intentionnel fusion libre, sans felui d'union libre, plussten, susceptible d'être brement rompue) (Droit etterlatte seme Paris: LITEC, 1998, p. 27).

tal solidez, o que não é verdade". Assim, a proposta é de se adotar o termo 'companheirismo' para designar o instituto, diante da preva- lência do elemento anímico, do afeto, indispensável à constituição e permanência da família informal, seguindo tendência legislativa, no Brasil, que designa os partícipes da união como sendo companheiros, em obediência a ratio essendi de tais uniões. O termo "concubinato", portanto, deve ser reservado para outros tipos de uniões extramatri- moniais que não estejam inseridas no contexto da família, nos moldes constitucionais. A jurisprudência também, há tempos, passou a distinguir a companheira da concubina, sendo aquela a mulher que se une ao homem, e que se apresenta à sociedade

como se casada fosse com o seu parceiro, enquanto que a concubina é a amante, no sentido pejorativo, ou seja, a mulher do lar clandestino, oculto. Tal distinção, hodiernamente, deve ser inteiramente aplicável ao partícipe (varão) da relação: companheiro ou concubino.

5.2. COMPANHEIRISMO: CARACTERÍSTICAS E REQUISITOS

Devem ser enunciadas as características do companheirismo:

a) finalidade de constituição de família, ou seja, o desejo dos compa- nheiros compartilharem a mesma vida, repartindo tristezas e alegrias, fracassos e sucessos, realizando atividades em comum que repre- sentem a posse de estado de casados, inclusive por meio da procriação, se for o caso; b) estabilidade, significando tratar-se de uma união

Ademais, o termo "união estável" possibilitou que alguns autores considerassem outras uniões "não-estáveis" passíveis de tutela juridica, como as "uniões instá- veis", na expressão utilizada por Pestana de AGUIAR (União estável; o fato social e as novas tendências do direito de família. Rio de Janeiro: Espaço Jurí- dico, [s.d.]), ou as "uniões livres", como aponta Luiz Edson FACHIN (Contribui- ção crítica à teoria das entidades familiares extramatrimoniais. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Direito de família aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. v. 3. pp. 94-113).

Assim, perde sentido a distinção entre concubinato puro e concubinato impuro. feita magistralmente por Alvaro Villaça AZEVEDO, já que as hipóteses de concubinato impuro (adulterino, incestuoso ou desleal) se encaixam na noção atual de concubinato, ao passo que o concubinato puro passa a ser concebido como companheirismo.

sólida, duradoura, com a renovação cotidiana da vontade de manter o projeto familiar, não sendo união efêmera, passageira, constituída a título experimental; c) unicidade de vínculo, ou seja, deve cuidar-se do único vínculo existente entre os companheiros, fundado no regime monogamico; d) notoriedade (e, não publicidade), a saber, união reconhecida socialmente, ainda que por um grupo restrito, pela posse de estado de casados, dignificando a união que deixa de ser clandes- tina, oculta, para ser espécie de família; e) continuidade, no sentido de ser união ininterrupta, permanente (sem ser perpétua), pois protrai- se no tempo sem lapsos ou rupturas; f) informalismo (ou ausência de formalidades), já que não há qualquer ato solene necessário para a constituição e mesmo dissolução do vínculo familiar.

Quanto aos requisitos, devem ser apontados os objetivos: a) diversidade de sexos, ou seja, união extramatrimonial entre um homem e uma mulher, como componente cultural, atrelado à noção de que tais uniões existem, normalmente, para atender aos desejos instintivos das pessoas, ou seja, a manutenção de relações sexuais e, eventual- mente, para servir à

procriação da espécie; b) ausência de impedi- mentos matrimoniais, tal como tratados na legislação civilista, salvo o impedimento de adultério, pois há casos de pessoas separadas de fato que podem vir a constituir nova família, sendo esta informal; c) comunhão de vida, sob os três aspectos (físico - débito conjugal: econômico vida em comum para a prosperidade; e espacial habitação comum, lar conjugal); d) lapso temporal de convivência, ou seja, o decurso de período razoável de convívio a fim de, juntamente com os outros requisitos, possibilitar a verificação da existência de uniões sólidas, e não precárias, ocasionais. Além destes requisitos, devem ser colacionados os subjetivos: a) convivência more uxorio, ou seja, aquela que tenha aparência de casamento, com a intenção de vida em comum; b) affectio maritalis, ou o sentimento de amor e solidariedade entre os companheiros, a intenção de se unirem e vive- rem cercados de sentimentos nobres, desinteressados de qualquer índole econômica ou patrimonial.

Sobre o tema dos requisitos, duas questões surgem, da maior relevância, principalmente para efeito de tutela pela ordem jurídica brasileira: o lapso temporal de convivência e a situação envolvendo

as pessoas casadas, mas que estão separadas de fato, mantendo apenas o vínculo sob o aspecto formal. A Lei n. 8.971/94, por exemplo, estabelece o prazo de cinco anos de convívio, no caso de inexistir prole comum do casal, para atribuição dos efeitos jurídicos às uniões extramatrimoniais, enquanto que a Lei n. 9.278/96 não faz qualquer referência ao fator temporal na configuração da família extramatri- monial. Em matéria ainda discutida no processo legislativo, os Projetos de Lei n. 118/84-Projeto de Código Civil, com as emendas aprovadas no Senado Federal, e 2.686/96- de iniciativa do Presidente da República - se preocuparam em fixar lapso temporal de convivência, de maneira expressa, no sentido da configuração do companheirismo para os fins tratados no bojo de tais textos de direito projetado75.

Em outra oportunidade, considerei ser essencial o requisito objetivo do lapso temporal de convivência entre os companheiros, que "deve estar conjugado com os demais para que possa ser considerada a relação fundada no companheirismo"76. Em adita- mento aos argumentos ali lançados, pode-se afirmar que a família não-fundada no casamento, tal como a posse e a obrigação natural, alinhadas por PERLINGIERI como situações ditas de fato", repre- sentam aspectos juridicamente relevantes e que, portanto, o Direito não pode desconsiderá-las. Contudo, tais situações concentram maior reconhecimento jurídico exatamente quando associadas ao fator temporal, sob pena de desmantelamento de todo o arcabouço existente no ordenamento jurídico. "A caracterização do usucapião, e também do companheirismo, não pode ser relegada apenas aos

A respeito do tema, ver COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A união estável no direito projetado o Código Civil In: WAMBIER, Teresa A. A. e LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito de família

aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, pp. 27-45, 1999. Neste artigo, o autor tece minuciosas considerações acerca de vários aspectos contidos principalmente no Projeto do novo Código Civil.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, op. cit., p. 164. Nesse sentido, Eduardo Estrada ALONSO, no direito espanhol, considera o fator temporal como "indice de estabilidade das uniões livres", defendendo-o como requisito das uniões extra- matrimoniais familiares (apud DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Da união estável como entidade familiar. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 667, maio de 1991, p. 23).

PERLINGIERI, Pietro, op. cit.. pp. 142-144.

pacífica, não conduz posse pelos em relação relação [...]. com maritalis, , diante estabilidade, está dentro casados, para implícita mínimo de anos. Pela Enquanto a divórcio direto de certos

requisitos subjetivos. A existência da posse mansa e ininterrupta, com animus rem sibi habendi, por si só, ao usucapião, sendo necessário o prolongamento da períodos temporais que a lei estipula. Da mesma forma ao companheirismo. O convivio entre os partícipes da formada por um homem e uma mulher desimpedidos tratamento recíproco como se casados fossem, com affectio não pode conduzir à configuração do companheirismo da falta do pressuposto temporal. Falta segurança, solidez na relação por eles mantida, e nesse caso, não previsão constitucional. " A situação envolvendo os companheiros juridicamente, de posse qualificada de estado de efeito de configuração de família, e não uma posse simples, transitória, suscetível de rompimento por motivo de somenos importância. E, nesse particular, a Constituição Federal, de maneira em relação ao companheirismo, aponta o lapso temporal

da é,

convivência, no próprio art. 2267", a saber: o prazo de dois primeira vez, na história das Constituições brasileiras, duas realidades fáticas, em matéria de Direito de Família, foram expressamente reconhecidas: a "união estável" e a separação de fato. matrimonial. Tal como ocorre no companheirismo, o somente é possível desde que haja o preenchimento

"união estável" representa a constituição de uma família, a separação de fato - desde que duradoura, possibilita a dissolução de outra, a

pressupostos, de índole objetiva e subjetiva. Para que haja o divórcio

do casal, a perda da affectio maritalis - diante da incompatibilidade

de se dar continuidade ao projeto original de vida em comum - deve

ser conjugada com o decurso de prazo de dois anos. Tal prazo,

portanto, foi considerado pelo legislador constituinte como o índice

para a constatação da irreversibilidade da situação fática de incom-

78 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, op. cit., p. 165.

79 Trata-se da regra do divórcio direto, exposta no § 6º, do art. 226: "O casa mento civil pode ser dissolvido pelo divárcio, após prévia separação judicial

por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de foto por mais de dois anos.”

patibilidade conjugal, demonstrando, assim, a impossibilidade do retorno ao convívio e ao projeto familiar originário.

"O prazo de dois anos foi considerado razoável e plausível para se aferir a instabilidade do casamento, proporcionando, assim, a sua pronta dissolução. O mesmo espírito na fixação desse prazo de dois anos (para a descaracterização da affectio maritalis) deve ser considerado para efeito de estabilidade das uniões extrama- trimoniais, ou seja, o período necessário e razoável para a cons- trução da affectio maritalis entre os companheiros..."80. O sentido da norma constitucional, no contexto da interpretação sistemática e teleológica do art. 226, foi de estatuir lapso temporal de dois anos, no mínimo, para a constituição do companheirismo, atendendo, integral- mente, ao processo de repersonalização do Direito de Família, devidamente constitucionalizado.81

De todo modo, o simples cumprimento do requisito temporal, por si só, não confere à união extramatrimonial o status de família, devendo concomitantemente coexistirem os demais requisitos objeti- vos e subjetivos para a configuração do companheirismo. No entanto, a ausência do lapso temporal mínimo de convivência, ainda que presentes os demais requisitos, desqualifica tal união do contexto familiar, exatamente por falta de estabilidade e segurança jurídica, indispensáveis em se tratando de situação fática. Assim, a união deve ser considerada como de concubinato - e não de companheirismo -,

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, op. cit., p. 168.

De acordo com as lições de PINTO, Teresa A. A. Entidade familiar e casamento formal. Direito de família aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 1993, p. 82; OLIVEIRA, Leoni Lopes de. Alimentos e sucessão no casamento e na união estável. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 104, e OLIVEIRA, Basílio de. Direito alimentar e suces- sório entre companheiros. Rio de Janeiro: Destaque, 1995, p. 61, há lapso temporal de convivência para fins de configuração do companheirismo.

A única ressalva ao lapso temporal mínimo de dois anos que deve ser admitida diz respeito à dissolução do vínculo familiar por morte involuntária de um dos participes da união, porquanto nessa hipótese havia intenção de permanência da união entre o casal, o que somente não ocorreu por evento alheio à vontade de ambos, dissolvendo o projeto de vida a dois. E, evidentemente, nesse caso, tal familia somente se refletirá em alguns efeitos, excluindo outros. Em relação aos alimentos, por exemplo, não existirá qualquer reflexo.

e, dessa forma, ser tratada fora do Direito de Família, nos termos da ordem jurídico-constitucional brasileira.

Outro questionamento, que decorre do próprio texto constitu- cional, refere-se à situação envolvendo a união extramatrimonial em que há estado civil de casado em relação ao partícipe que, no entanto, encontra-se separado de fato de seu cônjuge. Haveria companhei- rismo ou concubinato? Para Rainer CZAJKOWSKI, observando a doutrina e jurisprudência majoritárias sobre o tema, a situação é de companheirismo: "... a prolongada separação de fato entre os cônjuges representa, a experiência o demonstra, a extinção daque- la comunhão de vida que o casamento exige. Assim, [...], não é mais possível considerar como 'adulterino' o relacionamento de um dos cônjuges, efetivamente separado de fato, com terceiro. Passa a ter sentido, então, cogitar-se de entidade familiar consti- tuída por esta união livre porque a família anterior, que o casamento só formalmente ainda mantém, na prática não existe mais (pelo menos não com relação a este cônjuge, separado de fato, que se concubinou com terceiro). "84

Diante da regra que prevê a conversão da "união estável" em casamento, indaga-se: há algum obstáculo a respeito da presença de pessoa que não seja solteira, divorciada ou viúva para integrar a família informal? Podem as pessoas separadas judicialmente, ou de fato, em certas condições, constituírem famílias extramatrimoniais? Como se sabe, o estado civil de separado judicialmente não inclui o indivíduo no rol dos impedimentos matrimoniais do art. 183, do Código Civil, mas novo casamento somente pode ser celebrado com a dissolução do vínculo matrimonial anterior. E, assim, obviamente a conversão do companheirismo em casamento dependerá, necessariamente, do prévio divórcio do companheiro que tem o status de separado judicialmente.

A regra constitucional da conversão em casamento atribui uma faculdade aos companheiros que, à evidência, pode ou não ser exer-

O termo é empregado para designar as uniões fortuitas, instáveis, esporádicas, ou mesmo estáveis mas carentes de um ou mais requisitos essenciais para a configu ração do companheirismo, como no caso de uma união extramatrimonial exis

tente entre um pai e uma filha (violadora do impedimento de incesto). CZAJKOWSKI, Rainer. União livre, 1ª ed., 3ª tiragem, Curitiba: Juruá, 1997, p. 51.

5

e ap Lo

cida, não impondo a limitação no sentido de que os partícipes somente possam ser considerados companheiros se estiverem "desimpedidos" na sua mais lata acepção. "Não significa que os parceiros de uma união estável necessariamente devam ter condições de casar" 85 Não é, por conseguinte, indispensável que a união extramatrimonial esteja apta à conversão, já que "a Constituição objetivou que os companheiros ou já estivessem desimpedidos em sentido amplo, ou em condições objetivas e subjetivas de se liberarem (veja-se, v.g., a hipótese do casado, separado de fato há dois anos, que pode prontamente obter o divórcio direto; ou na hipótese do sepa- rado judicialmente, nesse estado há um ano)" 86 A regra da con- versão, portanto, não é restritiva ou limitadora quanto ao estado civil dos partícipes da relação extramatrimonial. A conversão é faculdade introduzida pelo texto constitucional em favor dos companheiros, nunca limitação quanto às suas condições pessoais. Logo, não houve limitação constitucional da abrangência do companheirismo apenas aos solteiros, divorciados ou viúvos; a norma constitucional, nesse particular, admite seja considerado partícipe da família extramatrimonial qualquer pessoa que, impedida formalmente para se casar por vínculo matrimonial ainda vigente, esteja apta a obter judicialmente a alteração de seu estado civil e, assim, requerer, administrativamente, a con- versão da união extramatrimonial em matrimonial. Verifica-se, pois, que constitui companheirismo a união mantida entre pessoas que preencham os requisitos objetivos e subjetivos mencionados, ainda que uma delas (ou, quiçá, ambas) seja casada com outra pessoa, mas esteja separada de fato por período de tempo superior a dois anos.

5.3. FAMÍLIAS SOCIOLÓGICAS (E NÃO-JURÍDICAS)

Diante da verificação quanto à presença dos requisitos objetivos e subjetivos enunciados, sendo a família dotada das características apontadas, impende seja reconhecido o

companheirismo entre o casal. Logo, a contrario sensu, as relações formadas entre um homem e

Ibid..., p. 49.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. op. cit., p. 152.

uma mulher em que um deles - ou ambos - mantenha ainda de fato união matrimonial ou mesmo união informal (companheirismo), anteriormente constituída e ainda em continuidade, devem configurar concubinato, ou o denominado "concubinato adulterino ou desleal". na definição de Alvaro Villaça AZEVEDO. Além delas, há outras relações entre um homem e uma mulher, em que será impossível o reconhecimento da família jurídica extramatrimonial, diante da presença constante e eterna de impedimento matrimonial entre os parceiros. O pai e a filha, por exemplo, nunca poderão constituir uma família conjugal entre eles, considerando a presença de impedimento dirimente público do parentesco em linha reta que proíbe qualquer tutela do Direito. Tal hipótese também será considerada como de concubinato, ou concubinato incestuoso, para a doutrina tradicional, sendo impossível juridicamente a formação de família conjugal, ainda que informal, nesse caso.

Ou seja: há uniões informais entre pessoas de sexos diversos, com nítida conotação sexual, que nunca poderão constituir famílias, na acepção jurídica da palavra, considerando os valores e princípios adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro, no seu estágio atual. Contudo, é forçoso o reconhecimento de que mesmo tais uniões concubinárias, à margem do Direito de Família, geram efeitos jurídicos. Conforme já observou Marilene Silveira GUIMARÃES, "é admis- sível que, se comprovadamente, a 'outra' contribuiu economica- mente para a aquisição de algum bem, ocorrendo o término da união clandestina, deve haver a partilha deste patrimônio entre os concubinos, para evitar que ocorra enriquecimento sem causa da esposa"87. Trata-se de aplicar a regra inserta no enunciado da Súmula n. 380, do Supremo Tribunal Federal.

Ainda sobre o tema família não-fundada no casamento, surge a questão da união de pessoas do mesmo sexo. Acerca do tema, comentei em outra oportunidade: "A Constituição Federal de 1988, ao reconhecer a 'união estável como entidade familiar, expressa-

GUIMARÃES, Marilene Silveira. Reflexões acerca de questões patrimoniais nas uniões formalizadas, informais e marginais. In. PINTO, Teresa A. A. (Coord.). Direito de familia aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 202.

mente entre compo nhece conviv tituiça centac haver porqu livres consti a con que, r jurídi sexo, matri um d sexua

o dire Edso que c natur bilide base como pesso rieda no co da ad ou de e mar mento

GAM

FAC

41

A GAMA

fato mo), gurar deal", utras vel o e da e os uma ento quer de onal, inda

sos, ias, Dios ual. ões COS. is- ca- da atre usa da

ge a na, 88, sa-

nas rd.). ulo:

DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

mente introduziu o requisito objetivo de que somente a união entre o homem e a mulher pode configurar união fundada no companheirismo, excluindo, portanto, a possibilidade de se reco- nhecerem as uniões entre homossexuais, mesmo que desimpedidos, convivendo com lapso de tempo razoável, com o objetivo de cons- tituição de família. "8 É certo que outro argumento pode ser acres- centado. Como visto, para configuração do companheirismo, não deve haver impedimento matrimonial entre os companheiros, principalmente porque do contrário estar-se-ia estimulando a proliferação de "uniões livres" em detrimento das uniões matrimoniais, o que não é o desejo constitucional. Assim, com maior razão, não é possível se reconhecer a configuração de companheirismo entre pessoas do mesmo sexo, já que, no que toca ao casamento, tal união é inexistente, sob o prisma jurídico. A se admitir o companheirismo entre pessoas do mesmo sexo, formar-se-ia o arcabouço jurídico para a construção de famílias matrimoniais entre pessoas do mesmo sexo, em patente violação a um dos fundamentos da conjugalidade, qual seja, o controle da sexualidade através da cultura e das instituições.

Tal assunto comporta inúmeras discussões, sendo inquestionável o direito da pessoa à orientação sexual. Como bem acentua Luiz Edson FACHIN, "... a partir do texto constitucional brasileiro que assegura a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza (art. 5º da Constituição Federal de 1988), a inviola- bilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, inciso X), a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana". Não há sombra de dúvida que

o afeto, a solida- riedade e o projeto de vida em comum são elementos que se inserem no contexto das uniões de pessoas do mesmo sexo, sem possibilidade da adoção de qualquer medida discriminatória por parte do Estado ou de qualquer outro cidadão no contexto da liberdade na constituição e manutenção de tais uniões. Contudo, no estágio atual do ordena- mento jurídico brasileiro, alguns valores e princípios tradicionais ainda

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, op. cit., p. 489.

FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos de direito de família, pp. 94-95.

prevalecem em matéria de conjugalidade, momentanecontexto do prevale de Familia. A sexualidade, tal como encarada pelo Direito Direitoedamente relacionada à procriação nos dias atuais, tende a ser aquela tida como natural ou normal, impedindo que outros modelos - ainda que presentes, na realidade fática -, possam ser considerados juridicamente. Daí a inexistência do casamento e, conseqüentemente a inexistência do companheirismo entre pessoas do mesmo sexo.

É certo que a realidade fática das uniões de pessoa do mesmo sexo - tal como ocorreu com a "união livre" reconhecida no texto constitucional brasileiro - deve percorrer caminho também difícil e tortuoso, mas provavelmente vai alcançar o status familiae em tempo não tão distante quanto se possa conceber. Veja, por exemplo, a introdução de tais uniões nos ordenamentos jurídicos dos países nórdicos, como a Suécia, a Noruega e a Dinamarca, que, paulatina- mente, deverão influenciar outros países. Atualmente, sob o prisma jurídico-constitucional, não há efeitos jurídicos no campo do Direito de Família que possam ser reconhecidos em favor das uniões de pessoas do mesmo sexo, porquanto devem ser tratadas como socie- dades de fato, principalmente no campo patrimonial, sem possibilidade de equiparação ao companheirismo".

No mesmo sentido, é a posição de Giselda HIRONAKA, ao tratar do tema: "o eventual e futuro reconhecimento de uniões que tais, como entidades familiares. deverá certamente percorrer, ainda, um caminho árduo e preconceituoso, cujo sucesso não pode ser objeto, hoje, de um prévio diagnóstico." (op. cit., p. 16).

Em sentido contrário ao texto, Luiz Edson FACHIN sustenta a possibilidade de aplicação da analogia, através das Leis ns. 8.971/94 e 9.278/96, às uniões civis de pessoas do mesmo sexo: "dificuldades e resistências mostram o fosso abissal entre a realidade e seu espelho jurídico, tendo indiscutível valia instrumento que preencha esse vazio legislativo para expressar uma forma mais ampliada de compreensão das relações sociais apreendidas pelo Direito." (op. cit., pp. 98-99). Data venia da fundamentada posição do autor, não há como com ela concordar, tendo em vista o próprio texto constitucional que distingue as realidades fáticas das uniões conjugais, restringindo-as apenas aos companheiros o alcance constitucional da noção jurídica

de família. Sobre o tema, há interessante sentença proferida pelo Juiz Federal Cláudio Roberto da SILVA, da Seção Judiciária de Santa Catarina, que em causa relacionada à pensão estatutária por morte de servidor docente, reconheceu que o autor e o falecido, convivendo em união homossexual. constituiram familia, diante de una interpretação construtiva da Constituição Fede ral, com base na die diante de uma construide encarada como prind pio e garantia fundamental: "Inadeutir efeitos a unido homossexual significa verda-

Evidentemente que não se admite, por força de norma constitu- cional, qualquer tratamento discriminatório no tocante à pessoa por força do exercício do direito à orientação sexual. Contudo, na norma- tiva constitucional, não há como se reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo como modelo de família, na acepção jurídica, motivo pelo qual não se pode concordar com a seguinte afirmação: "... embora o conceito de união estável como entidade familiar não contemple a sociedade de fato entre homossexuais, como aliás emerge do conceito legal de entidade familiar, [...], tal socie- dade, existindo, exige tratamento igualitário ao conferido aos companheiros, primeiro pelos princípios constitucionais aventa- dos, e, num segundo momento, utilizando-se ainda dos arts. 4° e 5º da LICC, uma vez que tais sociedades, não sendo ilegais, são admitidas na Constituição que garante a liberdade da pessoa humana de tudo fazer, desde que não haja vedação legal". Para efeito de configuração de família, nos modelos tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro, há discrímen, expresso no próprio texto constitucional, razão pela qual a união entre pessoas do mesmo sexo não constitui família no Direito brasileiro. Daí a observação de Euclides de OLIVEIRA: "Novos e revolucionários rumos, que se projetam, em indisfarçável modificação ao tradicional conceito jurídico de família, já bem alargado com o reconhecimento, desde a Constituição Federal de 1988, da família natural e daquela constituída pela união estável entre o homem e a mulher. Daí, para a regulamentação da união entre homossexuais, um passo mais difícil e complicado, por ora bem distante, já se viu, da propalada atribuição judicial de direito de herança entre eles"93. Sobre o tema, registre-se a presença do Projeto de Lei n. 1.151, de 1995, de autoria da Deputada Marta SUPLICY que, na ementa, expressamente menciona que regula a união civil entre pessoas

deira discriminação sexual, pois é o sexo do autor (em relação ao seu parceiro) que é considerado para negar-lhe o direito, tanto que, caso seu parceiro fosse do sexo feminino, a objeção desapareceria imediatamente." (p. 9, da sentença).

Trecho da sentença proferida pelo Juiz Federal Cláudio Roberto da SILVA, p. 12. União homossexual não dá direito à herança. São Paulo: Curso do Professor Damásio. Disponível: http://www.damasio.com.br/artigos/artdam.30.htm (visitado em 26 de maio de 1999).

do mesmo sexo, consistente numa sociedade, com registro civile delitos patrimoniais, incluindo direito à sucessão hereditária. Tal como ocorreu com o companheirismo, também será de grande relevância datuação jurisprudencial para o amadurecimento do tema, no Direito, permitindo que se alcance o estágio atual em matéria de família, na visão jurídica, entre pessoas de diferentes sexos.

5.4. FAMÍLIAS MONOPARENTAIS

Entre as famílias não-fundadas no casamento, pode-se ainda apontar a família unilinear, ou monoparental, constituída entre um dos pais e sua prole. Tal família decorre da parentalidade, e não da conjugalidade, como visto. No entanto, no modelo tradicional e civilista oitocentista de família, tal como concebido pelo Code Civil de 1804, a família monoparental era colocada à margem do Direito. No Direito brasileiro, revela-se nítida a evolução acerca do tratamento jurídico- normativo do tema "filiação espúria adulterina" até o momento do ano de 1988, com o seu coroamento nos termos dos arts. 226, § 4º, e 227, § 6º, do texto constitucional. Na defesa da família aristocrática e modelada pelo Código Civil, negava-se, inicialmente, qualquer proteção ao filho adulterino, sendo que, paulatinamente, foram se abrindo e ampliando as hipóteses de reconhecimento e investigação da parentalidades. Finalmente, com a Lei n. 8.560/92, já sob a égide da nova tábua de valores, alçados em nível constitucional, não há qualquer restrição ao reconhecimento do vínculo jurídico entre aqueles que mantêm, de fato, liame de parentalidade.

A monoparentalidade, tal como reconhecida no texto constitu- cional, pode decorrer não apenas da vontade unilateral da pessoa no sentido de assumir sozinha a paternidade ou maternidade de seu filho, mas também pode resultar de circunstâncias alheias à vontade huma-

* Não há, em tese, qualquer inconstitucionalidade na proposta apresentada, consi- derando o principio da liberdade, assegurado na Carta Politica, inexistindo qualquer proibição à formação de uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, sem a natureza de entidade familiar

beste sentido, mostra-se nitida a evolução legislativa com as Leis ns. 883/49, 6.515/77 7.250/84.

na, como nos casos de morte, separação de fato ou judicial, divórcio. Nestes últimos casos, a vontade de dissolver a união pode não ser de ambos os cônjuges, concomitantemente. "Família monoparental é a tradução mantida para lone parental family, que designa o mesmo fenômeno nos países anglo-saxões", " expressão também utilizada em vários países europeus. Gérard CORNU se refere à família unili- near como sendo aquela na qual a criança, desde a

sua origem, só descende de uma linha, por opção do genitor, normalmente da mãe, como no caso do filho natural cuja dupla filiação não foi juridicamente estabelecida, a adoção feita por apenas uma pessoa ou o caso de reprodução medicamente assistida de mulher solteira.

Como aponta Eduardo de Oliveira LEITE, "tudo indica que a monoparentalidade ('comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes') prevista no art. 226, § 4º, é gênero que admite duas estruturas (ou espécies), a saber: a unilinearidade e a biparentalidade. "97 Dentro do contexto da família monoparental, o direito à convivência familiar, expressamente reconhecido no texto constitucional em favor da criança e do adolescente, é exercitável contra o próprio genitor, em primeiro plano, e a sociedade e o Estado, subsidiariamente, observando sempre o melhor interesse do titular da posição jurídica ativa, ou seja, a criança ou o adolescente. "Cabe ao Estado garantir um nível de vida suficiente às pessoas, assegu- rando-lhes uma vida decente e um desenvolvimento intelectual, cul- tural e efetivo, suficiente, o que explica, em grande parte, a inser- ção inédita do art. 226, § 4º, na nova Constituição brasileira"98.

No caso da unilinearidade, a tutela constitucional somente incidirá se, e enquanto for atendido, o princípio da paternidade responsável, expressamente reconhecido no texto constitucional ao se referir ao planejamento familiar do casal, mas perfeitamente aplicável à família monoparental. Atualmente, o fenômeno da desbiologização, em matéria de filiação, vem se espraiando no Direito

LEITE, Eduardo de Oliveira. A família monoparental como entidade familiar. In: PINTO, Teresa A. A.(Coord.). Direito de familia aspectos constitucionais.

civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 1995, p.

Ibid., p. 53.

Ibid., p. 68.

de Família, a ponto de se indagar a respeito da verdade jurídica da filiação. Eduardo LEITE cita a situação envolvendo mãe solteira que há anos vive com seu companheiro, que não é o pai biológico do filho de sua companheira, mas que sempre o tratou e cuidou, como se fosse seu próprio filho, com ternura, carinho e verdadeira dedicação, sendo que posteriormente o pai biológico intenta uma ação de reconhecimento do vínculo parental, sem possuir qualquer afeto com o menor, concluindo: "A pretensão, além de injusta (embora legal) é imoral e vai de encontro ao interesse maior do menor. Caso vingasse a pretensão deste pai biológico estar-se-ia cometendo uma injustiça quer em relação à mãe, mas sobretudo, em relação ao

filho"99. E, nessa mesma linha, se afigura o tratamento jurídico que deve ser dado à família adotiva, quando a adoção é realizada apenas por uma pessoa, e não por um casal.

5.5. CONSTITUCIONALIDADE DA REGULAMENTAÇÃO DO COMPANHEIRISMO

Retomando o tema da família conjugal não-fundada no casa- mento, surge a problemática envolvendo a discussão pertinente à (in)constitucionalidade da regulamentação legislativa sobre os efeitos internos da união extramatrimonial, principalmente levando em conta o princípio e garantia constitucional da liberdade, por tratar-se de opção do casal a constituição da família de modo informal.

Gustavo BOSSERT comenta que, em razão da segurança, da ordem e da maior estabilidade que o Estado confere aos matrimônios formalmente constituídos, abstraindo-se de qualquer consideração de índole ética e religiosa, a opinião majoritária entre os juristas "considera que la relación concubinaria implica um valor nega- tivo, desde el punto de vista ético para unos, religioso para otros.

Ibid., pp. 54-55. Sobre o tema, Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA aponta a realidade dos habitantes das Ilhas Trobriand, para quem "o sentimento de paternidade nada tem a ver a verdade biológica e, por isso mesmo, o afeto e o cuidado que um homem melanésio dispensa a uma criança não se vinculam aos laços consanguineos havidos entre eles, mus defluem, exclusivamente, da circunstância de serem, tais crianças, filhas do ventre de sua mulher amada" (op. cit. p. 9).

o em el campo del orden social"100 e, de acordo com tal visão, surgem diversas concepções a respeito da forma como o Direito deve encarar a realidade fática do companheirismo que se verifica na sociedade. Assim, apontam-se as posições abstencionista, sancio- nadora e reguladora.

Seguindo a linha abstencionista, qual seja, a omissão legislativa sobre o companheirismo, a falta de sua regulamentação, é paradig- mático o Código Civil francês, conhecido como o Código de Napoleão, que exerceu forte influência sobre as codificações das nações ocidentais do século XIX e, mesmo início do século XX, incluindo o Brasil e a Argentina 101. Para os adeptos de tal concepção, a melhor forma de combater a "união livre" é negar-lhe qualquer efeito jurídico, ignorando-a legislativamente.

De acordo com a posição sancionadora, a lei deve intervir para prejudicar os concubinos, criando restrições e obrigações, como forma de combater as uniões concubinárias. Dentro de tal contexto, é indicada a posição histórica adotada pelo Direito canônico, com o Concilio de Trento, que chegou a prever o uso da força para separar os concubinos. E, finalmente, a

posição reguladora considera que a realidade social impõe a regulamentação legal do companheirismo, para resolver os conflitos de interesses que tal união produz, juridici- zando-o. Como esclarece GUSTAVO BOSSERT102, tal orientação não parte de uma idéia desfavorável ou de menosprezo ao casamento, daí não ser possível a equiparação, através de seus efeitos, da "união livre" ao matrimônio formalmente celebrado.

Nas lições do jurista argentino, ao comentar a posição legislativa adotada em seu país, seguir na linha abstencionista consiste numa ficção, numa aparência, já que a realidade é que o Direito, através de outras formas que não a legislação, reconhece e fornece efeitos jurídicos para as questões que se apresentam envolvendo os compa-

BOSSERT, Gustavo. A. Régimen jurídico del concubinato. 4ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1997. p. 17.

Sobre o tema, no Direito argentino, veja o comentário de BOSSERT: "La total abstención que adoptó VÉLEZ SARSFIELD em el Código Civil, fue desbordada por la fuerza de la realidad, y em diversos aspectos, normas específicas tuvieron

que regular efectos parciales del concubinato" (op. cit., p. 18).

BOSSERT, Gustavo, op. cit., p. 20.

nheiros: "aunque la ley se abstenga de prever y resolver las conse cuencias que el concubinato - directa o indirectamente - implica, el derecho, a través de los jueces, recoge y da salida jurídica a la cuestión" 103

Vários países latino-americanos passaram a contemplar, na ordem legislativa, a "união livre" para atender às necessidades da própria sociedade, diante do alto percentual de uniões de fato e, em alguns casos, o tratamento foi alçado em nível constitucional. Na Guatemala. por exemplo, foi estabelecida uma total equiparação no que pertine aos efeitos da união de fato - desde que registrada, com o matrimônio formalmente celebrado 104. O art. 43, da Constituição da República cubana, de 1940, estabelece a mesma equiparação desde que um tribunal reconheça a união de fato. Em Honduras, o art. 101, do texto constitucional, também prevê a equiparação, deixando que a legislação infraconstitucional regule a matéria. Na Constituição boliviana, em seu art. 31, há a previsão do prazo mínimo de dois anos de vida em comum, ao passo que o art. 56, da Constituição panamenha reconhece a união de fato desde que o convívio seja de, no mínimo, dez anos.

No Brasil, surge a discussão acerca da conveniência do trata- mento legal sobre o companheirismo, mormente diante do texto consti- tucional de 1988. Acerca do tema, há

aqueles que refutam qualquer interferência estatal nos reflexos intrínsecos das uniões companheiris, porquanto, fundadas na informalidade e na liberdade, tais uniões se formaram exatamente para fugirem dos rígidos comandos legais das uniões matrimoniais. O império da autonomia da vontade, sem qualquer interferência estatal, é que deve nortear os efeitos jurídicos do instituto, diferentemente do casamento, na visão dos adeptos de tal orientação. O mestre João Baptista VILLELA assume posição contrária a qualquer tentativa de regulamentação do instituto: "O concubinato, na modalidade que a Constituição de 1988 veio a designar por 'união estável', deixou de ser um refúgio obrigatório dos que,

109 Ibid., p. 21.

Nas palavras de BOSSERT, ao comentar sobre o regime existente na Guatemala, "el art. 182 establece que la unión de hecho inscripta em el Registro Civil producirá 'la sujeción del hombre y la mujer a los derechos y obligaciones de los cónyuges durante el matrimonio" (op. cit., p. 25).

onse-

lica,

ca a

lem oria ins la, ne io ca m e

malsucedidos em uma experiência conjugal, quisessem reencetá- la com outrem, para ser uma espécie de casamento alternativo. Um casamento para quem não desejasse submeter-se às regras de ordem pública a que está sujeito matrimônio legal"as, Seguindo a mesma diretriz, Rodrigo da Cunha PEREIRA complementa: "o concubinato é un instituto em que os sujeitos desejam um espaço onde possam criar as regras de convivência; registre-se, então, e podemos perceber a razão, que todas as tentativas de regula- mentação do concubinato culminaram em vão, pois esbarram na contradição de que sua essência, seu cerne, é exatamente não querer intervenção do Estado"106. Apesar de fundamentar sua conclusão com outros argumentos, Carlos Alberto BITTAR também concorda em negar qualquer tratamento normativo acerca dos companheiros, nas suas relações internas: "A união concu- binária relaciona-se à postura de liberdade absoluta e egoística que alguns assumem, porque o par pode ser desfeito e refeito a qualquer tempo, e sem qualquer obstáculo da legislação estatal própria. [...] As partes afastam-se, deliberadamente, do direito estatal, parecendo-nos, no fundo, que a própria submissão de ques- tões à Justiça estatal se afigura, antes de tudo, como incoerente, 107

Do lado oposto, há aqueles que sustentam deva existir uma completa regulamentação estatal acerca dos aspectos que devem reger as relações entre os companheiros. Nos termos de tal orientação, o tratamento legislativo não é apenas conveniente, mas indispensável, não somente para fixar os contornos do instituto, como também para cuidar dos reflexos internos do companheirismo. Os professores Rodolfo Hans GELLER e Miguel BORGHEZAN, por exemplo,

VILLELA, João Baptista. Alimentos e sucessão entre companheiros. Repertório 108 de Jurisprudência 7, p. 119. 1 quinzena abril de 1995. E, ao comentar a Lei n. 8.971/94, o mesmo autor assevera que a faculdade de autodefinição dos efeitos internos da família sofre restrição, com sacrifício da cidadania, numa implicita alusão à infringência do postulado constitucional da liberdade. Tal posi- ção também foi recentemente assumida por Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA (Família e casamento em evolução, p. 15).

PEREIRA, Rodrigo da. Cunha, pp. 53-54.

BITTAR, Carlos Alberto. O sistema constitucional de família. Revista do Insti- tuto dos Magistrados do Brasil, 6, ano 2, janeiro/março de 1997, p. 14.

sustentam que o tratamento normativo sobre os efeitos que o companheirismo produz deve ser idêntico ao tratamento legislativo no que pertine aos casados, inclusive para efeito de direitos não- patrimoniaistos, Eduardo de Oliveira LEITE realça um aspecto determinante no Direito de Família norte-americano, a saber, a tensão existente entre o interesse do Estado, a autonomia familiar e os interesses decorrentes de cada um dos membros da família, informando que lá é possível se verificar a existência de princípio geral de não- intervenção do Estado nos conflitos familiares, que somente é excepcionado na eventualidade da dissolução da família ou quando há risco aos demais membros diante da conduta ilícita de um deles.

Luiz Edson FACHIN se posiciona a respeito do tema: "Elitista e equivocada a crítica segundo a qual a nova legislação é exage- radamente concessiva. Deixar ao sabor destas circunstâncias a regulação destas relações é sustentar que prevaleça a opressão do mais forte (econômica e culturalmente) sobre o mais fraco"to No mesmo sentido pode ser citada a orientação de Antônio Carlos Mathias COLTRO: "Especialmente num tema que tem a ver basicamente com o mútuo interesse entre duas pessoas, de dife- rentes sexos, dispostas a levar avante ideal de vida em comum, com os mesmos objetivos e dirigidos tanto à procriação [...] como à consecução de fins que guardem comunhão no tocante aos envolvidos, não poderia deixar a lei, como não deixou nossa

GELLER, Rodolfo Hans e BORGHEZAN, Miguel. A união estável e os direitos não-patrimoniais. Revista Logos Veritas. Santarém, Pará, n. 2. p. 73, 1998. Os autores Rodolfo Hans GELLER e

Miguel BORGHEZAN, cuidadosamente, relacionaram doze direitos não-patrimoniais, expressamente tratados no Código Civil tendo como fato gerador o casamento, para fundamentar a conclusão quanto à ausência de elemento de discrimen razoável para excluir os companhei- ros da titularidade de tais direitos (op. cit., p. 71).

LEITE, Eduardo de Oliveira. Temas de direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 30.

FACHIN, Luiz Edson. Elementos crítices de direito de familia. p. 67. E, o mesmo autor complementa: "E do Estado brasileiro assumido pela Constitui- ção de 1998 (rectius, 1988) essa dimensão protetora, não mais contemplativa. O Estado tutela essas relações no sentido em que as reconhece, e delas emergem efeitos jurídicos."

DIF

MA

jurisprudência, de oferecer a proteção necessária às consequên cias resultantes de tal resolução de vida, ..."

A questão se mostra bastante atual, diante da vigência das Leis ns. 8.971/94 e 9.278/96, que introduziram vários efeitos jurídicos internos na relação mantida entre os companheiros, bem como da existência de dois projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional também com a mesma função. Em outra ocasião, já pude manifestar minha posição a respeito do assunto: "A situação dos hipossufi- cientes, não somente em termos econômico-financeiros, mas também no campo afetivo, sentimental, evidencia a necessidade de se buscar um regramento normativo, assegurador do mínimo existencial, indispensável para a manutenção da dignidade daqueles que mantiveram relações duradouras, contínuas, sólidas, embasadas em sentimentos nobres recíprocos, gerando uma autêntica família. O campo da autonomia da vontade individual deve sofrer limitações no trato das questões envolvendo os hipos- suficientes, mormente em Direito de Família. "112 Não é possível que o universo de interesses em assunto de natureza familiar seja, ou mesmo deva ser, tratado de maneira individualista, deixando ao alvedrio dos interessados a auto-regulamentação dos efeitos que a união extramatrimonial mantida entre eles possa produzir. A expe- riência brasileira é ilustrativa sobre o tema: as causas fundadas em

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A união estável no direito projetado o Có- digo Civil. In: WAMBIER, Teresa A. A. e Eduardo de Oliveira Leite. (Coord.). Direito de familia aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 4, pp. 29-30. Em trabalho exemplar, EDUARDO CAMBI também se mostra adepto da regulamentação legislativa

sobre o companheirismo: "... o pronunciamento legislativo constitui instrumento de indiscutível valia na medida em que fornece, aos operadores jurídicos e à sociedade como um todo, elementos à compreensão da realidade social, [...]. Ademais, a liberdade sem limites é perigosa, pois serve para escravizar o mais fraco. A liberdade deve ser acompanhada da responsabilidade" (CAMBI, Eduardo. Premissas teóricas das uniões extramatrimoniais no contexto da tendência da personificação do direito de família. In: WAMBIER, Teresa A. A. e Eduardo de Oliveira Leite. (Coord.). Direito de família aspectos constitucionais, civis e

processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999 v. 4, p. 139. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. op. cit., p. 419. A jurisprudência brasileira é rica e bastante ilustrativa sobre o tema, inclusive quanto à construção da doutrina da sociedade de fato, e da indenização por serviços prestados.

litigios envolvendo companheiro Lividenciado que a propalada autonomia da vontade, durante a conv vência, ceda ao sentimento de afeição, ao desejo de permanecer no convívio com a pessoa amada, permitindo, assim, que qualquer exigência ou restrição aos interesses do outro, por mais odiosa ou injusta que seja, venha a ser acatada. Diferentemente de uma relação contratual, a relação familiar não envolve o contexto de duas pessoas estranhas que há pouco se conheceram e resolveram convencionar os efeitos jurídicos de um contrato. O afeto, o desejo de vida em comum, enfim os sentimentos ganham proporções infinitamente superiores ao mundo material, motivo pelo qual nem sempre há a devida preocupação na obtenção de tutela jurídica quanto aos reflexos pessoais - e, porque não, também patrimoniais - decorrentes da união.

Família, liberdade e segurança são valores que não se excluem. É indispensável a existência de regramento normativo, assegurador do mínimo existencial, necessário para preservar a dignidade daqueles que mantiveram relações duradouras, contínuas, sólidas, baseadas no afeto, gerando uma autêntica família. "Família e responsabi- lidade são institutos que marcham lado a lado, não estando disso- ciados do âmbito das relações internas da espécie de família e, assim, dentro de certos limites, é restrita a autonomia de vontade dos partícipes da relação no que diz respeito a certos reflexos"

A liberdade sem limites é ameaçadora e injusta, pois possibilita a imposição da vontade unilateral do mais forte sobre o mais fraco, gerando, portanto, efeitos jurídicos autoritários, contrariando um dos objetivos da República brasileira, qual seja a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Daí a precisa advertência de Eduardo CAMBI: "Como a liberdade sem limites pode escravizar e o amor pode acabar, virando ódio, frustração, rancor, e tornar-se até violento, o Estado deve intervir, ao menos, para tutelar a dignidade do ser humano com a finalidade de que não seja vítima da submissão, do poder do mais forte (econômica, física ou emocio- nalmente) da relação afetiva"114

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, op. cit., p. 421.

CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 140.

po, restando nte a convi nanecer no qualquer odiosa ou na relação pessoas encionar vida em amente are há a eflexos a união. cluem. Curador aqueles seadas nsabi- disso- lia e, antade bilita тасо, dos uma ardo mor até ade da cio-

Toda análise a respeito da família não-fundada no casamento, conforme se buscou demonstrar, não pode deixar de lado o universo de valores, princípios e normas constitucionais que o texto de 1988 expressamente introduziu no ordenamento jurídico brasileiro: "A Constituição Federal, centro reunificador do direito privado, disperso na esteira da proliferação da legislação especial, cada vez mais numerosa, e da perda da centralidade do Código Civil, parece consagrar, em definitivo, uma nova tábua de valores. "LIS Assim, qualquer tratamento, em nível legislativo, doutrinário e jurisprudencial acerca do tema, somente estará inserido no sistema jurídico nacional e, portanto, terá fundamento de validade, se e enquanto compatível com o texto constitucional de 1988, que, reconhecidamente, é revolucionário, na melhor acepção do termo. "Daí decorre a urgente obra de controle de validade dos concei- tos jurídicos tradicionais, especialmente do direito civil, à luz da consideração metodológica que entende que toda norma do ordenamento deve ser interpretada conforme os princípios da Constituição Federal. Desse modo, a normativa fundamental passa a ser a justificação direta de cada norma ordinária que com aquela deve se harmonizar. "116

Sob tal prisma, diante dos paradigmas interpretativos, o tratamento legislativo pós-1988 sobre o companheirismo, mormente com as Leis ns. 8.971/94 e 9.278/96, atesta a preocupação da socie- dade em prestar efetividade ao comando constitucional. "O reforço ao ideal de constituição de uniões fundadas no casamento se mostra claro diante das recentes normas que regulam o compa- nheirismo, já que as uniões formais continuam sendo (e assim devem prosseguir) o ideal a ser atingido como fruto da maturidade das relações afetivas entre homem e mulher, atribuindo-se total preponderância ao aspecto anímico, [...], proporcionando uma autêntica união de pessoas no seu significado mais puro e completo, "117

TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 348.

MORAES, Maria Celina Bodin de, op. cit., p. 4.

GAMA. Guilherme Calmon Nogueira da, op. cit., p. 510.

busca d dicos qu "soluçõ de form

Nas precisas palavras de José Afonso da SILVA, "a dignidade é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim, a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano." A digni- dade da pessoa humana, reconhecida como fundamento da República Federativa do Brasil, encontra na família, independentemente da sua espécie, o instrumento adequado para o pleno e efetivo desenvol vimento das potencialidades existenciais das pessoas que a integram, daí a nova tábua de valores reconhecidos na Constituição Federal que, indubitavelmente, se impõe na família não-fundada no casamento.

A dignidade da pessoa humana "reclama condições mínimas de existência, existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica "119 e, assim, somente o atendimento aos princípios e normas constitucionais, inclusive quanto à matéria familiar, ensejará a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a promoção do bem de todos, sem quaisquer discri- minações, cumprindo os objetivos fundamentais do Brasil.

A família, no modelo civil-constitucional contemporâneo, não é um fim em si mesma, e sim uma "comunidade particularmente propícia à realização pessoal de certas pessoas "120, servindo como instrumento ao desenvolvimento das potencialidades dos seus integran- tes, fulcrada nos sentimentos de solidariedade, de afeto permanente, de respeito e lealdade, na busca do ideal da humanidade. E, nesse contexto, à beira do ingresso da civilização humana no terceiro milênio, se insere a nova família tal como modelada na Constituição Federal, hábil e idônea a atender a dignidade da pessoa humana.

A Constituição de 1988 permite uma abordagem e tratamento do Direito de Família "a partir de um resgate do 'sentimento', da

sis SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 212, 91, abril/junho de 1998.

Ibid., p. 93.

CAMPOS, Diogo Leite de Lições de direito de jamilta e das sucessdex. 2 ad Coimbra: Almedina, 1997, p. 19.

MARQ

busca de um maior humanismo na resolução dos desafios jurí dicos que se apresentam", autorizando ao intérprete buscar adotar "soluções mais equanimes a questões jurídicas não tuteladas de forma específica pelo direito positivo."

MARQUES, Claudia Lima et allu, op. cit., p. 29.

6

PROTEÇÃO À FAMÍLIA

No que pertine à proteção que o Estado deve à família, a norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, sendo que tal tutela independe da origem e espécie de entidade familiar constituída e mantida. Logo, "nas relações externas à união, ou seja, aquelas mantidas entre um dos companheiros e o Estado, ou um dos companheiros e outro indivíduo (que não o outro compa- nheiro), é mister a atuação (positiva ou negativa) do Poder Público no sentido de dar proteção à família"122

No aspecto dos efeitos internos, para que se dê cumprimento ao comando constitucional de prevalência do casamento sobre o companheirismo, deve ser nítido o limite objetivo do tratamento legal acerca do tema: as normas jurídicas não podem atribuir aos compa- nheiros mais direitos e vantagens do que em relação aos casados, sob pena de se desestimular a constituição de família matrimonial, não apenas ab initio como também por força de conversão da união extramatrimonial em casamento. Vale observar que a Constituição Federal não estimula a proliferação de uniões extramatrimoniais, porquanto o ideal de família ainda é aquele vinculado formalmente,

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A família informal no direito penal, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 154. E, assim, "se porventura tal atuação já existe no campo legislativo, formalmente referindo-se tão-somente aos casados, é mister o emprego do processo analógico para estender o preceito legal aos companheiros, com a nítida observância do comando constitucional de proteger a familia informal (p. 155).

com a publicidade inerente ao processo anterior à própria celebração, cofurante a manutenção do vínculo. O estímulo, expresso no texto constitucional, se dá quanto à constituição de famílias matrimoniais, originariamente ou por força de conversão. A previsão constitucio nal a respeito do companheirismo, de certo modo, apresenta funda mento semelhante à previsão do divórcio na Carta Política. Não há estímulo ao aumento do número de divórcios ou de "uniões

estáveis mas sim o reconhecimento de realidades fáticas (a presença ou a cessação de um projeto familiar em comum) para a resolução das questões decorrentes, sempre sob a inspiração do fundamento da dignidade da pessoa humana, priorizando as situações existenciais em detrimento das situações patrimoniais.

De maneira bem sucinta: o casamento é estimulado pela Consti- tuição Federal, ao passo que o companheirismo é reconhecido no próprio texto, sendo que ambos, como instrumentos, devem atender ao objetivo constitucional de promoção da dignidade da pessoa dos seus partícipes. E, nesse sentido, ao casamento ainda é reservada posição de destaque, representativa do ideal de união entre pessoas de sexos diferentes com um projeto de vida familiar em comum.

Em trabalho desenvolvido sobre o tema, mais especificamente acerca das relações pessoais e patrimoniais introduzidas pelas Leis пя. 8.971/94 e 9.278/96, chegou-se à conclusão quanto à constitucio- nalidade dos textos legislativos citados, com a seguinte advertência: "O exegeta e o operador do Direito também devem ter sempre como parâmetro indicador do correto alcance do tratamento legis- lativo tal princípio, buscando suprir eventuais falhas, omissões, imperfeições, lacunas do texto legal com a interpretação que melhor se adeqüe aos postulados já estudados, aproveitando a experiência da doutrina e da jurisprudência sobre o tema. "124

Daf o correto posicionamento de João Baptista VILLELA: "Que a Constituição não eliminou expressa ou implicitamente o casamento decorre de todo o conjunto de suas disposições do Título VIII. Capítulo VII. Aí o casamento, sem gozar do privilégio anterior de via única para a formação da família, não só é afirmado e reafirmado, como ainda exprime a condição de instituto prefe rencial, relativamente a outras formas congéneres: of. art. 226, 981", 2", 3", 5" e

6: art. 227. 6" (O modelo constitucional de filiação. p. 125) GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O companheirismo: p. 423.

DIREITO DE

Anote- perplexidade à tradição, lante, ao af o legislador Desta form as uniões li merece tute aspecto, o te se compara Mas, sob c companhei jurídicas en casamento constitucio matrimonia mesma. Do mento no significa es o Estado s entre os se

CAMBI, E "Talvez o samente a margem a bilidade

seja nos ja Nos termos caput, tin direito à p o atual art mudança c Importante

a tal respo formação, ao longo c experimen já não sej como uma Novaes, of

brac

on itucs unda veis ou a dan ciais

sti no er ta as

S

Anote-se que a própria norma constitucional gerou certa perplexidade, como dá a entender Eduardo CAMBI: "... ainda preso à tradição, o constituinte retrocede, mostrando-se ainda vacilante, ao afirmar, na segunda parte do art. 226, § 3º, que deveria o legislador facilitar a conversão da união estável em casamento. Desta forma, procura-se equiparar, em maior ou menor medida, as uniões livres ao casamento formal. "125 A família, a meu sentir, merece tutela estatal, independentemente da sua espécie e, nesse aspecto, o texto constitucional de 1988 é de clareza lapidar, mormente se comparado com a redação contida na Constituição revogada 126. Mas, sob o aspecto das relações pessoais e patrimoniais entre os companheiros, logicamente não pode haver equiparação às relações jurídicas entre casados, sob pena de se verificar a extirpação do casamento do direito brasileiro 127. Ainda que não houvesse a regra constitucional referente à conversão da união extramatrimonial em matrimonial, a conclusão a esse respeito seria rigorosamente a mesma. Do contrário, não haveria sentido a manutenção do casa- mento no ordenamento jurídico brasileiro. A proteção estatal não significa estímulo à formação de vínculos familiares informais, já que o Estado se preocupa, até os dias atuais, em regular a sexualidade entre os seus súditos, permitindo a assunção de responsabilidades e

CAMBI, Eduardo, op. cit., pp. 127-128. E, o mesmo autor, em seguida, comenta: "Talvez e constituinte tenha perdido grande oportunidade para consagrar expres- samente as uniões livres. De fato, a intenção contraditória do constituinte da margem a interpretações liberais e conservadoras, o que vem causando a insta- bilidade social, seja no legislador, que vem editando leis contraditórias (...). seju nos juízes e tribunais (p. 128).

Nos termos da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, seu art. 175, caput, tinha a seguinte redação: "A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos." A comparação de tal dispositivo com o atual art. 226, caput, da Constituição Federal de 1988, é elucidativa acerca da mudança de perspectiva do modelo constitucional de família

Importante a advertência feita por Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA a tal respeito: "A familia matrimonial do passado ou do presente teve sua formação, pois, centrada no casamento, fosse ele de que tipo ou modelo fosse. no longo dos téculos. Sobrevive, ainda hoje. É, apesar de certo desprestigio que experimenta, o modelo mais repetido, ainda, embora sua motivação moderna já não seja mais, como no passado, exclusivamente econômica, mas se

revele como uma motivação de natureza afetiva" (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, op. cit., p. 12).

a produção de reflexos quanto a terceiros. O elemento discriminatório stitucion a producimento e companheiries matrimoni co estímulo à constituição de uniões matrimoniais e, em contrapartida, apenas o reconhecimento dadesignadas de desesti entre elas as uniões extramatrimoniais designadas de "uniões estáveis".

E, evidentemente, o estímulo à constituição de famílias matri moniais produz nítido reflexo na atribuição de direitos e vantagens aos companheiros, por força de norma infraconstitucional. "A Consti tuição Federal, [...], não pretendeu equiparar entidades hetero. gêneas, identificando a relação familiar de fato com o mais solene dos atos jurídicos. O casamento, com efeito, como ato jurídico, pressupõe uma profunda e prévia reflexão de quem o contrai, daí decorrendo imediatamente uma série de efeitos que lhe são próprios." E, o texto constitucional expõe, com clareza, a sua preferência e opção pelo casamento, ao expressamente se referir à regra da conversão. Proteger, portanto, não pode ser confundido com estimular a sua proliferação. E, de outro lado, a Constituição deixa evidenciado que a família não-parental somente pode ser constituída entre um homem e uma mulher, não tutelando família a união entre pessoas do mesmo sexo129 ao menos como

Os professores Rodolfo Hans GELLER e Miguel BORGHEZAN defendem a orientação consoante a qual os direitos não-patrimoniais reconhecidos em favor dos casados também devem se estender aos companheiros: ".. a par da concessão dos direitos patrimoniais

TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 339.

Em sentido contrário ao texto, Luiz Edson FACHIN considera possível a inte gração da lacuna legislativa" a respeito da união civil de pessoas do mesmo sexo para, através da analogia legis, aplicar o disposto no art. 3º, da Lei n. 8.971/94, no que pertine ao partilhamento dos bens resultantes do esforço comum durante a união (op. cit., pp. 98-102, passim). A meu sentir, diante do próprio sistema existente, que não enseja contradição, à luz da Constituição Federal de 1988, não há família constituída através da união civil de pessoas do mesmo sexo e, conse-quentemente, as regras de aplicação das Leis n.s. 8.971/94 e 9.278/96 não possuem o mesmo fundamento que existe entre os companheiros. O argumento segundo o qual as relações familiares se baseiam, hodiernamente, em sentimentos de afeto, solidariedade e projeto de vida em comum, à evidência, não se aplica às pessoas do mesmo que de vida em curnamente, sob pena de desmantelamento de todo um arcabouço existente, inclusive o princípio monogamico.

inscritos nas são titulares no Código leis espars previstos n força de nom haja a introc mormente exemplo na são dos efe é, reconhec uma vez IE mento alça modelar o cional de entre os in da relação

É in dência na diante da a envolvend "que é qu sob o me seu amor ou o pada convenci Vale nota dos comp constituiç do conví "concubi

A o de fato, e

GELLEF Apud B

PIRETTO DE FAMILIA BRASH BIRO

macriter nas Leis ns. 8.971/4 г 9.278/90, oзs companheiros também são téhilares e beneficiários dos direitos não-patrimoniais inscritos no Código Civil para as relações de casamento, ou em outras teis esparsas, desde que compatíveis com os objetivos maiores previstos na Carta Politica", É perfeitamente possível que por força de norma infraconstitucional e nunca em virtude de analogia haja a introdução de alguns destes efeitos em relação aos companheiros, mormente quando houver reflexos quanto a terceiro, como por exemplo na presunção pater is est. Contudo, a total e completa exten- são dos efeitos pessoais decorrentes do casamento aos companheiros é, reconhecidamente, inconstitucional, tal como antes analisado. Mais uma vez importa ficar assentado que o casamento ainda é o instru- mento alçado pela Constituição Federal à condição daquele que deve modelar o ideal de família, ou que deve representar o projeto constitu- cional de modelo das relações familiares. A completa equiparação entre os institutos casamento e companheirismo, para efeitos internos da relação familiar, se afigura, desse modo, inconstitucional.

É imprescindível realçar o papel desempenhado pela jurispru- dência nacional no tocante ao tema, reconhecendo a realidade fática diante da ausência de regulamentação apropriada no trato das relações envolvendo os companheiros. Nas palavras de Virgílio de Sá PEREIRA, "que é que vedes quando vedes um homem e uma mulher, reunidos sob o mesmo teto, em torno de um pequenino ser, que é fruto de seu amor? Vereis a família. Passou por lá um juiz com a sua lei, ou o padre, com o seu sacramento? Que importa isto? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural. "131 Vale notar que a evolução jurisprudencial, relativamente aos direitos dos companheiros, revela que a companheira deveria comprovar a constituição de uma verdadeira sociedade de fato, que não se presumia do convívio more uxorio nem tampouco decorria naturalmente do "concubinato".

A origem da construção jurisprudencial da doutrina da sociedade de fato, em matéria de companheirismo, foi demarcada pela situação

GELLER Rodolfo Hans e BORGHEZAN, Miguel, op. cit.,, p. 73. Apud BITTENCOURT, Edgard de Moura, Familia, 1987, p. 134.

envolvendo os casais de imigrantes italianos que, casados sob o regime de separação de bens na Itália, constituíam patrimônio no Brasil, mas que somente era registrado em nome do varão e, com o falecimento deste, a viúva era prejudicada, por não ser herdeira, nem meeira. Sob o fundamento do princípio do enriquecimento sem causa, os tribunais passaram a reconhecer direito ao partilhamento de bens. A construção pretoriana se desenvolveu, passando a ser aplicada aos companheiros, daí o surgimento da Súmula n. 380, do Supremo Tribunal Federal 132

São considerados requisitos para o reconhecimento da sociedade de fato e, o conse- qüente direito ao partilhamento de bens, nos termos da Súmula 380: a) comu- nhão de interesses na persecução de fim comum (affectio societatis); b) formação do patrimonio durante o periodo de convivência comum, c) esforço comum dos companheiros para a constituição do patrimônio

C

r

Ce

CL

τα

qu

Z

RELAÇÃO JURÍDICA FAMILIAR FUNDADA NO COMPANHEIRISMO

Mesmo antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, já se fazia sentir a necessidade de regramento normativo a respeito dos interesses dos companheiros, mormente no âmbito interno da união extramatrimonial por eles mantida, "motivo pelo qual os tribu- nais se anteciparam ao legislador para proporcionar o reconhe- cimento de efeitos que, na ordem moral e fática, já eram conside- rados, "133 Diante do reconhecimento constitucional do novo modelo de família, a necessidade foi ainda mais acentuada, não se contentando com alguns preceitos oriundos de leis especiais, como as Leis ns. 8.009/90, 8.069/90 e 8.245/91. Daí a razão do advento da Lei n. 8.971/94 e, posteriormente, da Lei n. 9.278/96, esta última estabe- lecendo de forma expressa direitos e deveres recíprocos entre os companheiros, além de fornecer novos contornos aos efeitos patri- moniais da família informal. "De se notar, no

entanto, que, a despeito da regulamentação relativamente recente acerca dos deveres dos companheiros, estes preexistiam às próprias leis, como conseqüên- cia natural dos requisitos e características inerentes ao compa- nheirismo, apenas com a ressalva de não poderem ser conside- rados deveres, na acepção jurídica da palavra, porquanto ausente qualquer sanção para o seu descumprimento. Isso, no entanto, não invalida a própria existência no plano fático de tais deveres,

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O companheirismo.... p. 190.

0

tais como a fidelidade, a coabitação, a assistência moral e mate raal, além evidentemente da guarda, sustento e educação dos filhos "134. De todo modo, a relação jurídica familiar, mesmo antes das leis acima referidas, já existia entre os companheiros, de acordo com a construção jurisprudencial em matéria de indenização por serviços prestados - relacionada ao interesse referente à assistência material e moral recíproca, e em matéria de sociedade de fato relativo à comunhão de vida, sob o aspecto econômico, no sentido da prosperidade patrimonial verificada no curso da união mantida entre os partícipes da relação. Tais efeitos são reflexo dos deveres familiares que envolvem parte importante da personalidade dos companheiros, e têm caráter duradouro, diversamente do que ocorre com as obriga- ções em geral.

Com base no princípio isonômico estatuído no art. 5º, inciso I, da Constituição Federal, além do disposto no art. 226, § 5º, do mesmo texto, e, finalmente, observando os princípios constitucionais, os direitos e deveres entre os companheiros são rigorosamente os mesmos, não se admitindo qualquer distinção no que toca aos efeitos internos do companheirismo. Apenas, para espancar qualquer dúvida, não seria constitucional o reconhecimento de deveres apenas em relação à companheira, em benefício de seu par, sob pena de se desestimular a constituição de vínculos matrimoniais, pois estar-se-ia atribuindo mais direitos ao companheiro do que ao cônjuge-varão.

Quanto aos efeitos jurídicos pessoais entre os companheiros. atualmente a Lei n. 9.278/96 enuncia, expressa ou tacitamente, os seguintes: a) dever de lealdade, decorrente do respeito, da conside- ração que ambos devem ter mutuamente, associado aos requisitos da unicidade de vínculo, da comunhão de vida, e da affectio mari- talis35; b) dever de coabitação, como reflexo dos requisitos de comunhão de vida more uxorio e da característica da continuidade. abrangendo a vida sob o mesmo teto, a prosperidade do casal em termos materiais e existenciais, e a satisfação do débito conjugal,

thid. p. 191

O dever de lealdade abrange os aspectos físico e moral, ou seja, implica o dever de abster-se de manter relações sexuais com outras pessoas, além de praticar condutas que indiquem tal intenção, ainda que não se consuma o ato

DIREITO DE

enfim, vid companhia o elemente compromis assistência filhos, que decorrendo

Os e atualmente tortuosa po discrimina mundo juri versa-soC Direito Pre no Direito somente s sucessão f bens no c enunciado da noção uniões extr do art. 3º, d em vida do fundamente idêntico ao o requisito a cota prev do regime com a inter da Súmula

A regra do regulado no dade do co patrimonia formação o on In verbis: odquiridos

JEIRA DA GAMA

al e mate- cação dos smo antes de acordo zação por ssistência de fato- entido da ida entre miliares nheiros, obriga-

Inciso I, mesmo direitos os, não mos do seria ção à ular a mais

eiros, e, os side- sitos ari- de ade, em gal,

ever icar

enfim, vida em comum fundada no afeto, no amor e prazer da companhia recíproca; e) dever de assistência moral, representando o elemento ético que rege e mantém o vínculo familiar, ou seja, o compromisso familiar, associado ao dever de socorro, qual seja, a assistência material; d) dever de guarda, sustento e educação dos filhos, que independe da união extramatrimonial, hodiernamente, decorrendo pura e unicamente do vínculo de parentesco.

Os efeitos jurídicos patrimoniais entre os companheiros, atualmente, estão sedimentados em termos legislativos, após longa e tortuosa peregrinação no Direito brasileiro. Outrora estigmatizado e discriminado, o companheirismo foi, paulatinamente, avançando no mundo jurídico, ingressando no Direito das Obrigações, por via trans- versa-sociedade de fato e indenização por serviços prestados -, no Direito Previdenciário e na Infortunística, até, finalmente, fincar raízes no Direito de Família. A despeito da ementa da Lei n. 8.971/94 somente se referir ao direito dos companheiros a alimentos e à sucessão forçoso é reconhecer que o seu art. 3º instituiu regime de bens no companheirismo. Até o advento da mencionada lei, o enunciado da Súmula 380, do Supremo Tribunal Federal, acrescida da noção de contribuição

indireta, era perfeitamente aplicável às uniões extramatrimoniais com prosperidade patrimonial. O preceito do art. 3º, da Lei n. 8.971/94 buscou adequar os reflexos patrimoniais, em vida dos companheiros, ao Direito de Família, apesar de ter como fundamento o enunciado sumular. Não houve introdução de regime idêntico ao regime de comunhão parcial de bens, já que ficou expresso o requisito da colaboração prestada por aquele que pretende receber a cota prevista em lei, razão pela qual o regime se aproxima bastante do regime de separação obrigatória de bens no casamento de acordo com a interpretação jurisprudencial que vem se dando ao enunciado da Súmula n. 377, do Supremo Tribunal Federal 137.

A regra do art. 3", referido, não prevê direito sucessório, porquanto este vem regulado no art. 2º, da mesma Lei n. 8.971/94, mas cuida de direito de proprie- dade do companheiro sobrevivente, em decorrência da comunhão de interesses patrimoniais mantida durante a união, resultante dos esforços de ambos na formação ou incremento patrimonial.

In verbis: "No regime da separação legal de bens comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento por esforço comum".

De acordo com o art. 5º, da Lei n. 9.278/96, há presunção comunhão de aquestos na constância da união extramatrimonial mas Cida entre os companheiros, sendo desnecessária a prova do esforça comum para se verificar a comunhão dos bens. Tal preceito visa equiparar a atividade doméstica, não-remunerada, ao trabalho profis sional do parceiro, atendendo aos princípios de igualdade, solidariedade e pluralismo, reconhecidos em nível constitucional. Não há apenas um regime de bens no companheirismo. Há o regime legal, previsto no art. 5º, e o regime de separação absoluta de bens adquiridos onero- samente por cada um, na constância da união, sendo a escolha irrevo- gável, sob pena de atribuir mais vantagens aos companheiros do que aos casados. Ainda assim, não houve equiparação ao regime da comunhão parcial de bens, existente no casamento. A disponibilidade entre os companheiros, em matéria de regime de bens, somente abrange os bens adquiridos onerosamente durante a união, estando afastados os bens adquiridos anteriormente, a qualquer título, e os adquiridos no curso do companheirismo a título gratuito ou por fato eventual.

A análise do tema somente pode ser realizada enfocando a Constituição Federal, sob pena de admitir efeitos frontalmente contrários a vários princípios e regras constitucionais. No companhei rismo não há possibilidade de se conceber qualquer um dos regimes comunitários mesmo o da comunhão parcial nunca existirá na sua plenitude quanto aos companheiros 138, razão pela qual o princípio da liberdade do pacto, em matéria de união extramatrimonial, sofre bastante restrição. E, "finalmente, uma vez feita a opção (aí inclui- da a opção legal), e reconhecido o preenchimento dos requisitos do instituto, não há mais possibilidade de alteração do pactuado. Explicitando as razões a existência do princípio da imutabilidade do regime, Ruggiero enuncia a possibilidade de perigos que poderiam afligir a ordem financeira da

família, como seduções, abusos e pressões de um dos consortes sobre o outro, bem como e, principalmente, a estabilidade da família na esfera patrimo-

Precisa, neste sentido, a observação feita por Eduardo CAMBI: "O regime de bens da união estável não se confunde com o regime da comunhão parcial de bens de casamento. Este regime confere mais direitos que aquele... (CAMBI, Eduardo, op. cit. p. 160).

6, há presunção de amatrimonial man- a prova do esforço . Tal preceito visa ao trabalho profis Idade, solidariedade mal. Não há apenas gime legal, previsto as adquiridos onero- do a escolha irrevo- mpanheiros do que ação ao regime da . A disponibilidade ns, somente abrange , estando afastados ulo, e os adquiridos por fato eventual.

lizada enfocando a Teitos frontalmente mais. No companhei- quer um dos regimes unca existirá na sua a qual o princípio da amatrimonial, sofre a a opção (aí inclui- mento dos requisitos eração do pactuado. bio da imutabilidade ade de perigos que lia', como seduções, e o outro, bem como na esfera patrimo-

CAMBI: "O regime de bens munhão parcial de bent do mele (CAMBI, Eduardo,

mial Ou seja: o princípio da irrevogabilidade do regime de bens. existente em relação aos casados, aplica-se integralmente aos companheiros, mormente diante do teor da Lei n. 9.278/96, sob pena de violação à Constituição Federal, não sendo constitucionalmente possível a estipulação, a cada aquisição, de nova convenção acerca dos efeitos patrimoniais da formação ou aumento patrimonial: "Assim, mesmo na ausência de pacto, é imperioso que não possa haver modificação da regra legal, aplicável pela omissão dos inte- ressados, ainda que através de contratos especficos em cada aquisição de bens. "140

Com o advento do art. 1º, da Lei n. 8.971/94, não há mais direito à indenização por serviços prestados entre companheiros, conside- rando que a construção jurisprudencial para assegurar o interesse da companheira, em regra, relativo à assistência material, atualmente é desnecessária. Com efeito, o direito a alimentos é representativo da adequação da realidade jurídico-formal à realidade sociológica preexistente, diante da solidariedade humana, mormente no vínculo familiar. E, evidentemente, a assistência material ou dever de socorro, que origina os alimentos, sofre a incidência da normativa constitucional no sentido de somente gerar efeitos alimentares nas hipóteses, e sob os fundamentos, que o ordenamento jurídico reconhece entre os cônju- ges, sob pena de atribuição de maiores vantagens e benefícios aos companheiros, em patente inconstitucionalidade. Os arts. 1º, 2º, inciso II e 7°, caput, todos da Lei n. 9.278/96, derrogaram o art. 1º, da Lei n. 8.971/94, alterando o preceito relativo ao dever de socorro, mas

não houve revogação acerca da regra da cessação da obrigação alimentar diante da constituição de nova união pelo credor de alimentos.

GAMA. Guilherme Calmon Nogueira da. O companheirismo... p. 295. Débora GOZZO vislumbrou a possibilidade de quebra do princípio constitucional, ao observar que "Sendo aos conjuges proibida a mudança do regime de bens após a celebração do casamento, tal entendimento também deveria ser seguido para or conviventes, a fim de não se criar uma vantagem a mais para estes em detri- mento daqueles, que, inclusive, são casados de acordo com a lei civil em vigor."

GOZZO, Débora. O patrimônio dos conviventes na união estável. In: WAMBIER. Teresa A. A. e Eduardo de Oliveira Leite. (Coord.). Direito de familia - aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 4 p. 105).

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O Companheirismo:.., p. 297.

No Direito brasileiro, pela primeira vez, houve a introdução de direito sucessório de propriedade entre os companheiros, alterandes dirdem de vocação hereditária, com tratamento identico à sucesio entre cônjuges através do art. 2º, da Lei n. 8.971/94. É evidente que tal efeito sofre as mesmas limitações existentes na sucessão por morte de cônjuge, diante da condição de herdeiro facultativo deste que, logicamente, se estende ao companheiro. É possível, eventual mente, que o falecido fosse casado e estivesse separado de fato do cônjuge, e em tal período constituísse e mantivesse "união estável", acarretando a sucessão ab intestato simultânea e, em partes iguais, em favor do cônjuge e do companheiro supérstites.

Considerando que não houve revogação do art. 2º, da Lei 8.971/94141, surge o tema referente ao direito de habitação, expres samente introduzido pelo art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.278/96. Ao analisar a questão, Eduardo CAMBI comenta: "... a discri- minação entre o casamento e a união estável, neste caso, não se justifica, mas, antes, fere o princípio da igualdade, tratando desi- gualmente situações equivalentes. "142 A meu sentir, como o sistema codificado, em matéria de direitos sucessórios reconhecidos ao cônjuge supérstite, realiza uma combinação entre tais direitos e o regime matrimonial de bens, como deixa claro o art. 1.611, do Código Civil, a compatibilização com a Constituição necessariamente passa por um revisita do § 2º, do art. 1.611, do diploma civilista.

Daí a observação anteriormente feita: "Considerando que o regime de comunhão universal de bens nunca existirá no compa-

A respeito do tema ainda há bastante polémica, mas tem prevalecido a orienta ção exposta no texto. Assim, Luiz Edson FACHIN comenta: "É certo que, a teor do art. 11 da nova Lei,

contendo a fórmula 'revogam-se as disposições em contrário, a Lei n. 9.278/96 somente revoga a anterior naquilo que lhe é incompativel" (FACHIN, Luiz Edson, Elementos críticos de direito.... pp. 75. 76). O autor, no entanto, considera revogados os incisos I e II, do art. 2º, da Lei n. 8.971/94, ou seja, o usufruto companheiril, diante da introdução de novo direito real temporário (o direito de habitação).

14 CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 172. E, mais adiante, o mesmo autor comenta: "A intervenção legislativa, neste aspecto, parece ser o caminho mais curto para harmonizar, com igualdade, essas situações equivalentes. Enquanto não houver legislação mais adequada, cabe ao Judiciário evitar [...] a superproteção da companheira, adotando, talvez, as mesmas restrições, feitas ao casamento, em relação à união estável." (p. 173)

DIREIT

nheiris restrin todos sório fundac a inco mais c regime rada e o dire regime o art. em se regime

C nentes brasile fenôm ser ret famíli. famili Talvea das ma tal con depend a felic jurídic que de indubi

GAM

ADA GAMA

ução do erando a cessão ente que ão por o deste entual- fato do tável", guais,

la Lei xpres- 78/96. discri- ão se desi- stema os ao seo ódigo Dassa

ue o mpa-

rienta a teor es em The p. 75- da Lei novo

menta: para ouver ão da o, em

nheirismo, é lógico concluir que a lei propositadamente não restringia o direito a tal regime para o efeito de aplicá-lo em todos os casos, reforçando o caráter protetivo do direito suces- sõrio de habitação para abranger todas as situações de uniões fundadas no companheirismo. Conseqüentemente, para evitar a inconstitucionalidade do dispositivo legal, pois estaria criando mais direitos aos companheiros se comparados aos casados sob regime diverso da comunhão universal de bens, deve ser conside- rada a cláusula de maior favorecimento, no sentido de alargar o direito real de habitação entre casados para todo e qualquer regime, aliás como já

ocorre com o direito de propriedade. Assim, o art. 1.611, § 2º, do Código Civil, deve sofrer uma modificação em seu alcance, para estender o beneficio a todo e qualquer regime matrimonial e não somente ao da comunhão universal. "143

Constata-se, por conseguinte, que muitas são as questões perti- nentes ao tema "união livre" e relação jurídica familiar. O Direito brasileiro experimenta, nos dias atuais, os reflexos de variados fenômenos que se sucedem no campo da organização familiar. Devem ser refutadas, por completo, as apologias que anunciam o fim da família. Ao revés, visualiza-se um engrandecimento dos vínculos familiares, cada vez mais autênticos, solidaristas e transparentes. Talvez a civilização humana esteja vivenciando uma época histórica das mais promissoras, no campo familiar, e ainda não tenha percebido tal contexto. A paz, a solidariedade, a liberdade, a igualdade e a justiça dependem única e exclusivamente do Homem e, para que seja pensada a felicidade, fundamental se afigura o estabelecimento de relações jurídicas familiares atomistas e representativas da não-beligerância que deve nortear a vida humana no plano existencial. A verdade, indubitavelmente, é que estamos diante de uma NOVA FAMÍLIA.

GAMA. Guilherme Calmon Nogueira da. O companheirismo....p. 406.

8

RELAÇÃO JURÍDICA FAMILIAR FUNDADA NA PARENTALIDADE

Além das transformações que vêm ocorrendo no campo das relações familiares informais fundadas na sexualidade, no Direito brasileiro, é indispensável que se realize uma análise sobre o estágio atual das relações paterno-materno-filiais sob o enfoque civil-consti- tucional. Vários são os aspectos da filiação que merecem um cuida- doso tratamento a partir da Constituição Federal de 1988, podendo ser enumerados, por exemplo, os seguintes: a inclusão jurídica nas famílias de vários sujeitos que eram fadados, antigamente, à exclusão; os modelos de filiação; as fontes da filiação; a igualdade dos filhos em direitos e qualificações; o casamento e a filiação; a presunção pater is est; a matrimonialização dos filhos havidos antes do casa- mento dos pais. Assim, é imperioso que se proceda à interpretação do preceito contido no art. 227, § 6º144, da Constituição Federal de 1988, permitindo ao operador do Direito uma abordagem contempo- rânea das relações familiares fundadas na parentalidade nos dias atuais.

Duas ordens de relações jurídicas, tradicionalmente, derivam do casamento civil: a relação jurídica familiar fundada na conjugalidade - relação conjugal -, e a relação de parentesco. Atualmente, acrescen- tam-se as relações jurídicas fundadas no companheirismo e na mono- parentalidade. No campo das relações de parentesco, aquelas que

In verbis: "Art. 227. (...) § 6" Os filhos, havidos ou não da relação de casa- mento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação."

representam o vinculo mais estreito na família nuclear são as relações juridicas paterno-materno-filiais, ou tão somente as relações jurídicas de filiação ou fundadas na parentalidade. Na conceituação apresen tada por Silvio RODRIGUES, "filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa aquelas que a geraram"as. Por força da proximidade entre tais parentes, o ordenamento jurídico estabelece uma série de efeitos jurídicos nos campos pessoal e patrimonial, daí a importância quanto à verificação da existência do vínculo de parentalidade entre as pessoas.

8.1. HISTÓRICO EVOLUTIVO DA FILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O Direito exerce importante papel na sociedade, podendo servir como "instrumento de justiça e inclusão social, de proteção a deter- minados grupos e pessoas na sociedade, aí incluindo os filhos, a família monoparental, a família fora do casamento e outras novas uniões. "146 Com efeito, no Direito de Família aristocrático, a mulher e os incapazes sempre foram pessoas tradicionalmente excluídas do contexto jurídico, não sendo detentores de autonomia e liberdade para manifestarem seus desejos, suas pretensões, muitas vezes sob o manto da "necessária proteção do incapaz": "A presença da mulher no direito é, a rigor, a história de uma ausência, eis que, não raro, vem marcada pelo regime da incapacidade ou da subordinação. Não sendo pleno sujeito de direito, revela-se próxima ao conceito de objeto, "147 O mesmo se diga em relação aos filhos, principalmente os menores, e os maiores incapazes. E, no contexto da filiação, havia, ainda, uma agravante: a exclusão jurídica daqueles que não proviessem do casamento, daí a classificação adotada pelo Código Civil brasileiro em matéria de filiação: filiação legítima, filiação ilegítima e filiação civil. No sistema codificado brasileiro, filho legítimo era o resultante de casamento válido ou putativo, nos termos do art. 337, do Código

RODRIGUES, Silvio. Direito civil, p. 281.

MARQUES, Claudia Lima et allii, op. cit., p. 23.

FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, pp. 104-105.

DIREITO

Civil mantide aquele ilegítim de pess época c casame validan ora em incestu codific o filho de out

C a possi incestu estes c proced manter os filh poderi se apr mesme dos ca que po materr 24 de

broc

Tal d havia MAR extra discr 150 Comc tável

na fa mento

da na

de parente

NO

endo servis ño a deter filhos, τας πονας mulhere uidas do ade para lher ne 10 han essem ile cinl inte

Civil, ao passo que filho ilegítimo era aquele fruto de relacionamento mantido fora do casamento. Filho civil era o filho adotivo, ou seja, aquele resultante do ato jurídico da adoção. Na esfera da filiação ilegítima, havia subdivisão: a) filho natural era o filho extramatrimonial de pessoas entre as quais não havia impedimento matrimonial na época da sua concepção; b) filho espúrio era o filho havido fora do casamento, mas que havia impedimento entre os pais para se casarem validamente, ora por força da vedação do adultério - filho adulterino -. ora em razão de se proibir o incesto ou práticas semelhantes - filho incestuoso. A regra da filiação, tal como concebida pelo sistema codificado, era aquela havida através da matrimonialidade: "filho é o filho matrimonial, sendo excepcionalmente reconhecidos filhos de outras origens, que não o casamento. "149

Quanto aos filhos ilegítimos, o art. 358, do Código Civil, negava a possibilidade do reconhecimento dos filhos espúrios - adulterinos e incestuosos. Assim, apenas os filhos legítimos e os filhos naturais estes quando fossem reconhecidos voluntariamente pelos pais, ou procedessem à investigação de paternidade/maternidade - poderiam manter relações jurídicas fundadas na parentalidade, ao passo que os filhos espúrios eram excluídos de qualquer proteção já que não poderiam sequer investigar a sua parentalidade. Os argumentos que se apresentavam para justificar a exclusão eram basicamente os mesmos: a necessidade de proteção da paz doméstica; a estabilidade dos casamentos; a tradição das famílias; a repressão aos escândalos que poderiam advir do estabelecimento dos vínculos de paternidade- maternidade-filiação150. Com o advento do Decreto-lei n. 4.737, de 24 de setembro de 1942 e, posteriormente, da Lei n. 883, de 21 de

Tal dispositivo foi revogado expressamente pela Lei n. 8.560, de 29 de dezem- bro de 1992, mas em razão do art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988, havia sido recepcionado apenas em parte.

MARQUES, Cláudia Lima et allii, op. cit., p. 34. Daí o complemento: "a filiação extramatrimonial ficava num plano inferior, com tratamento diferenciado e discriminatório a ponto de se deixarem crianças sem pai declarado...".

Como observou a doutrina, "na verdade o que se fazia era punir o mais próximo. na falta de outros, a vítima de uma situação para a qual não contribuiu. O trata- menis era profundamente injusto e gerava uma situação discriminatória e inacei- tável em relação aos filhos, frute da hipocrisia inculcada na sociedade e refleti-

da na legislaação..." (MARQUES, Cláudia Lima er allii, op. cit., p. 34).

outubro de 1949, em relação aos filhos adulterinos, passos possível o reconhecimento da filiação desde que dissolvida a socied conjugal até então mantida pelo genitor que havia sido casado. Al n. 6.515/77 passou a admitir o reconhecimento da filiação adultera n. 6.5és de testamento cerrado, equiparando o direito sucessório filhos ao dos filhos legítimos e, finalmente, a Lei n. 7.250/84, autoro o reconhecimento dos filhos adulterinos após cinco anos de separaç de fato do genitor casado com outra pessoa que não o pai/a mãe di criança ou adolescente. legislação brasileira foi "Al avançando na direção da igualdade" pouco a pouce

Nas precisas palavras de João Baptista VILLELA, acerca da linha evolucionista nessa matéria no Direito brasileiro, "o ponto-de partida argumentativo era um truísmo tão singelo quanto irresis tível: não se podia responsabilizar os filhos pela conduta dos pais. Ilegítimos, ponderava-se, não eram os filhos havidos fora do matrimônio, eram os pais que os punham no mundo. "is E, desse modo, a Constituição Federal de 1988, ao assegurar aos filhos as mesmas qualificações, além de proibir o emprego de qualquer designa- ção discriminatória no que pertine à filiação, pôs um ponto final em matéria de restrições ao estabelecimento dos vínculos de paternidade maternidade - filiação, independentemente do tipo de relacionamento existente entre os pais. Desse modo, o art. 358, do Código Civil, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, sendo perfeitamente possível o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, com total irrelevância acerca da origem da filiação.

Complementando a evolução do Direito brasileiro em matéria de filiação, foi editada a Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que expressamente cuida, conforme consta de sua ementa, do reco- nhecimento e da investigação de paternidade dos filhos havidos fora do

casamento 153. Houve uma melhoria no tratamento jurídico do reconhecimento da filiação, ampliando os meios disponíveis para se fazer o reconhecimento, ou mesmo obter a investigação de paterni-

Ibid., p. 35.

IN VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional de filiação. p. 124 153 Observe-se que a lei não adota a terminologia não-recepcionada pela Consti tuição Federal de 1988, a saber. filiação ilegítima.

dade dos por O CO parti uma reco que ato. tação conte pend não c pater

evoluc de 198 aind desse Assim campo zada e do Cóc mento segund timo, m Nos ter evolutiv do entre п. 8.069. a regula em relaç

154 FR

8

AMA

Ser

ade na OU da

a 2.

dade. Nos termos do art. 1º, da Lei n. 8.560/92, o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável, e pode ser feito por um dos seguintes modos: a) no registro de nascimento, mediante o comparecimento dos pais; b) por escritura pública ou instrumento particular, a ser arquivado em Cartório; c) por testamento, em qualquer uma de suas modalidades, ainda que incidentalmente haja o reconhecimento; d) por manifestação expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não tenha sido o objeto único e principal do ato. Acerca de tal lei, Ronaldo FRIGINI comentou: "Na regulamen- tação do § 6º do art. 227, da Constituição Federal, a Lei n. 8.560/92 contemplou os casos de filhos havidos fora do casamento, inde- pendentemente de serem os pais casados ou não, quer vivam ou não com seus respectivos cônjuges. O que interessa é dar ao filho paternidade real e não apenas formal. "154

Também, no campo da filiação oriunda da adoção, é nítida a evolução do Direito brasileiro. O ordenamento jurídico pré-Constituição de 1988 encarava a família parental sob o enfoque do vínculo sangüíneo ainda que, de fato, não houvesse tal vínculo, desconsiderando, desse modo, o vínculo afetivo que se poderia eventualmente estabelecer. Assim, o filho adotado era objeto de discriminação odiosa, já que no campo patrimonial tal filiação era colocada "numa situação inferiori- zada em relação aos outros filhos e na sociedade. "155 Com o advento do Código de Menores, ou seja, a Lei n. 6.697/79, tal contexto de trata- mento odioso foi se atenuando, com a introdução da adoção plena, segundo a qual o filho adotivo passava a ser equiparado ao filho legí- timo, mas manteve parte do sistema anterior através da adoção simples. Nos termos da Constituição Federal de 1988, completou-se o curso evolutivo, nesse campo, ao acabar com qualquer tratamento diferencia- do entre os filhos, não mais existindo a antiga adoção simples. A Lei n. 8.069/90-o Estatuto da Criança e do Adolescente - somente veio a regulamentar a norma constitucional constante do art. 227, § 6º, em relação aos filhos resultantes do processo de adoção, estabelecendo

FRIGINI, Ronaldo. Reconhecimento de paternidade: considerações sobre a Lei 8.560/92. Ribeirão Preto: Edição Apamagis (Associação Paulista de Magistrados). 1993, p. 25.

MARQUES, Cláudia Lima et allii, op. cit., p. 36.

que o Cartório de Registro Civil não poderá expedir qualquer certi em que conste a observação sobre a origem do ato que redundou no estabelecimento do vínculo de parentalidade.

8.2 IGUALDADE DE QUALIFICAÇÕES

O preceito contido no art. 227. § 6º, da Constituição Federal, precisa ser desdobrado em dois aspectos que estão bastante relacio nados, mas não se confundem: a) a igualdade de qualificações dos filhos, impedindo qualquer designação discriminatória; b) a igualdade de direitos dos filhos 156. Assim, para que não haja confusão entre os dois aspectos assinalados , é importante a sua análise separada.

A questão envolvendo a qualificação dos filhos, como visto, remonta à história de exclusão de certas categorias de filhos, tendo como referência a ausência de matrimônio válido entre os pais. Assim, de acordo com o novo texto constitucional, as restrições que existiam para o fim de constituição do vínculo jurídico da parentalidade, independentemente de casamento, não podem mais subsistir, incluindo vários filhos sociológicos na esfera jurídica. Como aponta Cláudia Lima MARQUES, o princípio da igualdade dos filhos, expressamente reconhecido na Constituição, se desdobra em dois aspectos, um positivo, e outro negativo: "Em primeiro lugar tratou de positiva mente afirmar a igualdade de direitos independentemente da origem dos

filhos (havidos ou não da relação de casamento ou por adoção), e em segundo lugar, negativamente, através da proibição de designa ções discriminatórias. "157

Atualmente, o aspecto negativo do princípio da igualdade dos filhos impõe uma alteração da classificação da parentalidade/filiação no Direito brasileiro. Com efeito, as noções jurídicas de legitimidade e ilegitimidade da filiação não podem mais ser aceitas no contexto do Direito de Família brasileiro, a não ser como meras reminiscências

Sob uma perspectiva pós-moderna, Cláudia Lima MARQUES et allii apresentam tal divisão, concluindo que "os conceitos de pós-modernidade restam-se integra- dos ao sistema juridico brasileiro em matéria de filiação e mesmo no campo da

Direito de Familia. " (op. cit., p. 40). 15 MARQUES, Cláudia Lima et allii, op. cit., p. 32.

DIREI

histór especi recon repres compe "o qu masch o que

filhos direito seria c los a casser empre imped nessa a minate Sobre usado Ao cor tanto como A Cons são do sentido heranç elemen mento perfeita

Ibid.. VILLE

adiante e serve trário, aquilo

VILLEL

A DA GAMA

certidão ndou no

ederal, elacio- es dos aldade tre os a.

visto, tendo Assim, stiam dade, uindo áudia nente um tiva- igem ão), Egna-

dos ação lade o do cias

ntam

egra

históricas. O estágio da matéria nos idos do início do século XX, em especial no Brasil, principalmente no que tangia à impossibilidade de reconhecimento de determinados filhos havidos fora do casamento, representava uma punição àquele que nada tinha a ver com o comportamento de seus pais e, portanto, a maior vítima: o filho: "o que se estava a fazer (...) era a acobertar a 'irresponsabilidade masculina', em vez de incentivar a responsabilidade, justamente o que o principio da igualdade entre os filhos consagra" 158 De acordo com a observação de João Baptista VILLELA, "se

filhos legítimos e ilegítimos tivessem rigorosamente os mesmos direitos, mas continuassem se chamando assim, a igualdade não seria absoluta. Haveria entre uns e outros a diferenciá-los e afastá- los a carga semântica contida nos vocábulos que os qualifi- cassem. 159 Daí a importância da regra constitucional que proíbe o emprego de designações discriminatórias quanto à origem da filiação, impedindo, portanto, a continuidade do uso do termo "legitimidade" nessa área. Qual deve ser o sentido da expressão "designações discri- minatórias", contida no § 6º, do art. 227, do texto constitucional? Sobre tal assunto, disserta VILLELA: "O adjetivo discriminatório, usado na redação constitucional, não é uma palavra univoca. Ao contrário, é um termo plurívoco. Seu espectro de significação tanto cobre o sentido depreciativo de preconceito e rejeição, como alcança o sentido neutro de separação, extremação. (...) A Constituição poderia estar querendo igualar, a partir da supres- são do elemento separador, isto é, daquilo que discrimina (em sentido neutro). Ou poderia estar apenas querendo restringir a herança cultural associada ao termo, preservado, portanto, o elemento distintivo. E qual era o casamento distintivo? O casa- mento evidentemente" 160 A discriminação em sentido neutro é, perfeitamente possível, exatamente em consideração à razoabilidade

Ibid., p. 34.

VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional de filiação, p. 124. E, mais adiante, complementa: "Na linguagem comum, legítimo tem conotação positiva serve para designar o que é verdadeiro, autêntico, puro. Ilegítimo, ao con trário, é palavra marcado por semantica negativa. Exprime o falso, o impuro, aquilo que aberra da normalidade."

VILLELA, João Baptista, O modelo constitucional de filiação, p. 124.

do discrímen. O ordenamento jurídico poule designare, até mesmo, tratar desigualmente as pessoas, desde que o faça justificadamente não sendo possível desequiparações fortuitas ou injustificadas. No caso da legitimidade/ilegitimidade, a carga depreciativa e de discri minação odiosa, que tradicionalmente se abateu sobre os filhos ilegíti mos, veio expressamente rechaçada por imperativo constitucional, mas isso não obsta à constatação de que há elemento razoável de discriminação entre os filhos havidos dentro e fora do casamento. Veja, por

oportuno, o disposto na Lei n. 8.560/92, ou seja, a regulação sobre a investigação da paternidade dos filhos havidos fora do casamento, nos expressos termos de sua ementa. Assim, em vez de utilizar "filhos ilegítimos", a Lei n. 8.560/92 empregou terminologia diversa: filhos havidos fora do casamento. Diante de tal contexto, é correta a seguinte assertiva: "Enquanto houver casamento, o instituto continuará demarcando duas categorias de filhos: os que nascem dentro dele, e os que nascem fora dele. "161

Importante observar que não haverá qualquer possibilidade de tratamento diferenciado no que tange aos direitos dos filhos matri- moniais ou extramatrimoniais, nos termos da norma constitucional. Assim, por exemplo, relativamente a uma pessoa casada que, além de haver concebido um filho da união matrimonial, venha a conceber outro filho de um relacionamento esporádico, ambos os filhos terão os mesmos direitos, sem qualquer distinção. Contudo, entre eles há distinção, fundada na matrimonialidade do primeiro e na extramatri- monialidade do segundo. "Não mais há falar em filhos legítimos e ilegítimos: a única classificação possível é entre filhos matrimo niais e extramatrimoniais (a única, mas significativa diferença, entre estas duas categorias, é que os segundos devem ajuizar ação inves- tigatória de paternidade). "162 Assim, para efeito de estabelecimento do vínculo de parentalidade mas não para os efeitos decorrentes de tal vínculo, o casamento assume papel relevante, e ainda se apresenta como instituto preferencial no modelo constitucional de família.

VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional de filiação, p. 125.

Trecho do voto de Sérgio Gischkow PEREIRA, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar a Apelação Civel n. 595163114, da 8a Căm. Civel (apud MARQUES, Cláudia Lima et allii, op. cit., p. 33).

DIREITO DE

A questão cações prát matrimonia demonstra cípio, sende ou a sua in

Desse constitucic companhei o tradiciona estável", familiar de tudo, não seja o casa ótica civil- filiação: a Constituiç zante da fil mas sem p bre-se ou mento, elc constituci

Assi

"legitimida considerac lidade", "r monial" e n. 8.560/92 podem pas

8.3. MOΓ

Feita gicas, há in

VILLELA A sugestäs

DAGAMA

mesmo, damente, ficadas de discri silegíti ucional, ável de amento. gulação ora do vez de mologia exto, é stituto ascem

ade de matri- ional. além ceber terão es há matri- mos e imo- entre aves- ento entes senta ília.

rande UES.

A questão não é puramente terminológica, considerando as impli- cações práticas que decorrem da própria diferenciação, pois na filiação matrimonial há a aplicação do princípio pater is est quem nuptia demonstrant, ao passo que na filiação extramatrimonial não há tal prin- cípio, sendo necessário o reconhecimento voluntário da parentalidade ou a sua investigação com o conseqüente reconhecimento judicial.

Desse modo, operou-se em matéria de filiação, a partir do texto constitucional, o que de certa forma se verificou em matéria de companheirismo sob o aspecto terminológico. Além de não se adotar o tradicional termo "concubinato", substituindo-o pela expressão "união estável", a Constituição Federal pretendeu aproximar o vínculo familiar do companheirismo ao vínculo familiar do casamento. Con- tudo, não houve equiparação, porquanto o elemento distintivo, qual seja o casamento, ainda se mantém como instituto preferencial sob a ótica civil-constitucional. Algo muito próximo ocorreu no campo da filiação: ao proibir o emprego de designações discriminatórias, a Constituição ordenou a retirada do ranço preconceituoso e estigmati- zante da filiação legítima e ilegítima do ordenamento jurídico brasileiro, mas sem perder de vista a existência de diferenças entre elas: "cele- bre-se ou deplore-se a distinção entre filhos por motivo do casa- mento, ela continua inevitável e assume, na definição do modelo constitucional da família, importância capital e fundante. "163

Assim, deve-se considerar que em substituição aos termos "legitimidade", "ilegitimidade", "legítimo", e "ilegítimo", passem a ser consideradas as seguintes expressões, respectivamente: "matrimonia- lidade", "não-matrimonialidade" (ou extramatrimonialidade), "matri- monial" e "não-matrimonial" (ou extramatrimonial) 164. Como fez a Lei n. 8.560/92, aqueles que eram antigamente chamados de filhos ilegítimos podem passam a ser conhecidos como filhos havidos fora do casamento.

8.3. MODELOS DE FILIAÇÃO E CASAMENTO

Feitas tais observações, no campo das designações terminoló- gicas, há indubitavelmente dois modelos distintos de filiação, ou melhor,

VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação, p. 125. A sugestão é de João Baptista VILLELA, op. cit., p. 125.

de atribuição do vínculo de paternidade-maternidade-filiação, tend como critério distintivo a existência ou não do casamento entre os pais. E, tais modelos decorrem do texto constitucional que, no particula manteve a distinção que existia anteriormente, principalmente rels cionada à paternidade da criança concebida e nascida na constância da sociedade conjugal.

O modelo da filiação matrimonial decorre de dois dos deveres basilares do casamento - os da coabitação e da fidelidade recíproca -, que, por sua vez envolve a presença de requisitos objetivos e subjetivos, como a convivência sob o mesmo teto, a diversidade de sexos, e a affectio conjugalis. Como observa João Baptista VILLELA, "foi com base no dever de fidelidade da mulher, e não na sua fidelidade efetiva, que se formou a regra pater is est quem nuptiae demonstrant" 165. O filho matrimonial é filho do marido de sua mãe, em razão basicamente de três aspectos: "o jurídico (o marido da mãe é por presunção pai do filho tido pela mulher com a qual está casado), o biológico (o marido da mãe é presumivelmente o autor genético da fecundação) e o socioafetivo (o marido da mãe trata a criança e por ela é tratado como pai). "166

Mas, é oportuno observar que "a família não tem deveres de exatidão biológica perante a sociedade, pelo que, se a mulher prevarica e pare um filho que não foi gerado pelo seu marido, isso tendencialmente, é matéria de economia interna da familia. Pode ser um grave problema para o casal. Como pode não ser problema algum. "167 A Constituição Federal de 1988 não alterou a presunção pater is est, tal como estruturada no Código Civil, apenas modificou o seu alcance. Daí a preservação do modelo peculiar de filiação matrimonial, no que toca ao estabelecimento do vínculo parental.

É válido observar que a presunção de paternidade do marido sobre os filhos concebidos e nascidos durante a constância do casa- mento não se aplica ao companheiro, na relação jurídico-familiar infor- mal. Como já comentei, "realmente, a presunção legal ainda conti-

VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação, p. 128.

FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade, p. 49.

VILLELA, João Baptista, op. cit., p. 128.

nua rest própria regula a se referia abrangêr de patera forma ex

No tuição Fe atualmen paternida na filiaçã buscarem Assim, co "Cabe a todos. A que a lei ou a quen tuição "qu dos mais ou seja, re os menos nial decorr a investiga devidamen Federal de extramatrim a possibilid

GAMA, Gu sentido, Jon tanto quant do fora do c le a quem Na Alemant noticia João (de 16 de de VILL

GAMA

endo

re os cular, rela- incia

veres

roca os e e de LA, sua tiae mãe, da ual eo mãe

de er do, ia. Ger a as de al. do a- or- ti-

nua restrita às hipóteses de casamento, considerando que a propria Lei 8.560/92 expressamente mencionou que somente regula a paternidade dos filhos havidos fora do casamento, sem se referir ao companheirismo como também estando excluído da abrangência da lei. Mesmo que assim não o fosse, a presunção de paternidade, por excepcional, somente pode ser atribuída de forma explícita na lei. "168

No que toca ao modelo da filiação extramatrimonial, a Consti- tuição Federal de 1988 introduziu importantes alterações, porquanto atualmente todos têm o direito a promover a investigação de sua paternidade/maternidade, sem qualquer restrição. Repita-se: apenas na filiação extramatrimonial haverá completa liberdade dos filhos buscarem o estabelecimento dos vínculos parentais - paterno e materno. Assim, correta a seguinte colocação de João Baptista VILLELA: "Cabe a todos o direito de investigar sua paternidade? Sim, a todos. A todos que não tenham pais, evidentemente. É intuitivo que a lei não iria atribuir um direito de obter, a quem já tenha ou a quem já obteve", complementando, em seguida, que a Consti- tuição "quis igualar elevando os menos favorecidos ao patamar dos mais favorecidos. E não percorrendo o caminho contrário, ou seja, rebaixando os mais favorecidos ao ponto em que estavam os menos favorecidos. "169 Ora, se a parentalidade/filiação matrimo- nial decorre da presunção legal pater is est, não faz sentido permitir a investigação da paternidade daquele cujo pai jurídico encontra-se devidamente estabelecido desde o seu nascimento. A Constituição Federal de 1988, nessa matéria, buscou equiparar a situação dos filhos extramatrimoniais àquela dos

filhos matrimoniais, ou seja, estabeleceu a possibilidade de todos os filhos havidos fora do casamento terem

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, O companheirismo, p. 216. No mesmo sentido, João Baptista VILLELA: "O filho nascido de uma relação concubinária, tanto quanto o nascido de uma aproximação fortuita e episódica, é filho havi- do fora do casamento, e, como tal, terá por pai aquele que o reconhecer ou aque- le a quem a paternidade tiver sido judicialmente imposta" (op. cit., p. 129). Na Alemanha, buscou-se estender a presunção legal ao companheirismo, como noticia João Baptista VILLELA, mas a Lei de Reforma do Direito de Filiação

(de 16 de dezembro de 1997) não acolheu tal tentativa (p. 129). VILLELA, João Baptista, op. cit., p. 130.

reconhecida, voluntária ou coativamente, a sua paternidadeon nidade, mas não rompeu com a presunção sobre os filhos de sua esposa. de paternidade do ma

Resulta claro, da leitura do texto constitucional, abcd aproximação dos filhos extrao que toca à fixação do vínculo jurídico de parentalidade, mas eviden temente não houve equiparação. A presunção legal de paternidade em favor do marido da mãe da criança não deixou de existar, sch pena da Constituição Federal ter promovido a redução de direitos dos filhos havidos dentro do casamento. E, com efeito, o próprio sistema codificado não exigia a verdade biológica para a fixação da paternidade, conforme deixa certo o disposto no art. 339, incisos Ie II, do Código Civil, numa leitura conforme a Constituição: "Art. 339, A legitimidade (rectius: matrimonialidade) do filho nascido antes de decorridos os cento e oitenta dias de que trata o n. I do artigo antecedente, não pode, entretanto, ser contestada: 1-se o mari do, antes de casar, tinha ciência da gravidez da mulher; II - se assistiu, pessoalmente, ou por procurador, a lavrar-se o termo de nascimento do filho, sem contestar a paternidade".

Nos termos das lições de João Baptista VILLELA, "a Consti- tuição Brasileira, insista-se, não se ocupou da amplitude da presun- ção pater is est, nem quis intervir na definição dos que a podem impugnar. Prevalece, assim, o regime estabelecido na legislação ordinária, a que, de resto, a matéria, pela sua natureza, perten ce. "170 Tal afirmativa deve ser conjugada com os valores e princípios constitucionais quanto à permanência da sociedade conjugal entre os pais, porquanto se já havia separação de fato entre eles, mesmo sem a formalização da dissolução da sociedade conjugal, tal presunção não pode mais prevalecer. Imagine-se, por exemplo, a situação envolvendo uma mulher separada de fato de seu marido, e que durante tal período de tempo venha a constituir nova união com outro parceiro e, assim, passados trezentos dias do início da separação de fato em relação ao seu marido, venha a ter um filho. A presunção pater is est relativamente ao marido não pode mais prevalecer nesse contexto,

VILLELA, João Baptista, op. cit., p. 131.

DIREITO DE

à luz da Cons se cogitar do ser que a paternidade, que não pre registrará a c espaço sequ art. 340, incis paternidade e No cam

é importante A primeira, e concordar com filho adotivo c desconstituinc às suas orige se passe a de. os vinculos a em razão de s do vínculo de Adotando outr proferidas pelo o direito ao com lecimento de modo, de form coisa é ser pa De tal arte que busca do pai," derando a irrevo rente da presunç do reconhecime ocorre, neste últ excepcionais auto

MARQUES, Cláud VILLELA João B

à luz da Constituição Federal de 1988, não sendo possível nem sequer se cogitar do registro civil da paternidade em nome do marido, a não ser que a mãe assim o declare, dando margem à contestação da paternidade, nos termos do art. 344, do Código Civil. Importante notar que não prevalecendo a presunção legal, mesmo porque quem registrará a criança como pai será o atual parceiro da mulher, não há espaço sequer para contestação de paternidade nos termos do art. 340, inciso I, do Código Civil, diante do não-estabelecimento de paternidade em relação à sua pessoa.

No campo do direito ao conhecimento da ascendência biológica, é importante observar duas posições doutrinárias antagônicas. A primeira, exposta por Cláudia Lima MARQUES, no sentido de concordar com julgamento de Tribunal de Justiça que conferiu ao filho adotivo o direito de ver reconhecida a sua paternidade biológica, desconstituindo o vínculo da adoção: "acima de um direito de busca às suas origens, permite tal entendimento jurisprudencial que se passe a destacar a adoção de um princípio de igualdade entre os vínculos de paternidade estabelecidos, conferindo ao filho, em razão de sua individualidade, o direito de optar pela adoção do vínculo de paternidade que entenda ser mais relevante. "171 Adotando outra postura, João Baptista VILLELA apresenta decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Federal alemão reconhecendo o direito ao conhecimento da própria ascendência, mas sem estabe- lecimento de vínculo de filiação/parentalidade: "Situou-se, deste modo, de forma lapidar as distintas questões envolvidas: uma coisa é ser pai, outra é ser o ascendente biológico masculino. De tal arte que a busca do procriador pode não coincidir com a busca do pai."172 A meu sentir, a posição correta é a segunda, consi- derando a irrevogabilidade do vínculo de parentalidade, seja ele decor- rente da presunção legal de paternidade, do reconhecimento voluntário, do reconhecimento judicial, ou da constituição via judicial - como ocorre, neste último caso, em relação à adoção. Apenas situações excepcionais autorizam a desconstituição do vínculo de parentalidade,

MARQUES, Claudia Lima et allii, op. cit., pp. 31-32.

VILLELA, João Baptista, op. cit., p. 141.

como ocorre no caso da contestação de paternidade do marido sobre o filho de sua esposa, nos termos do art. 340. do Código Civil, ou da impugnação do reconhecimento da paternidade, no prazo de quatro anos a contar da aquisição da capacidade de fato plena, nos termos do art. 362, do Código Civil.

O casamento dos pais também se mostra fundamental relativa- mente aos filhos concebidos e/ou nascidos antes do matrimônio. Nos termos do art. 229, do Código Civil, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos, sendo que em conformidade com a Constituição Federal de 1988, deve-se reler tal dispositivo para considerar que o casamento matrimonializa os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos. Como bem acentua VILLELA, "os arts. 352 a 354 do Código Civil não estão revogados, senão que apenas devem ser lidos sob a ótica da Consti- tuição. "173 A "legitimação" dos filhos, atualmente concebida como matrimonialização dos filhos, foi expediente criado no âmbito do Código Civil para favorecer os filhos comuns do casal que houvessem nascido ou sido concebidos no período anterior ao casamento: "Se era um instituto socialmente útil ao tempo do Código, em que os costumes se mostravam severos, revela-se utilíssimo hoje, quando é generalizada e admitida a convivência sexual independente- mente de casamento. "174 Assim, em vez de ser considerado não- recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o instituto da "legitimação", ou melhor, a matrimonialização dos filhos comuns anteriores ao casamento deve ser valorizado e objeto de vasta aplica- ção no campo das uniões matrimoniais fruto de conversão de uniões companheiris, por exemplo. Do contrário, em se considerando não- recepcionado todo o Capítulo atinente à "legitimação", ocorreria uma regressão relativamente aos direitos dos filhos comuns concebidos e/ou nascidos antes do casamento dos pais: eles dependeriam do reconhecimento voluntário ou do reconhecimento judicial via ação de investigação de paternidade: "o que já se conseguia ipso jure no

Ibid., p. 126.

VILLELA, João Baptista, op. cit., p. 126.

DIR

reg jud Unr que

exp doc o d rên do c diar ond 199 pare vige inste The a le form casa com nom O pr ment no se ilegit mome do ca sentia prece casam

Ibid.

Ibid.

NEG

Paule

regime do Código dependeria agora de submeter-se ao trato judiciário, caso não preceda o reconhecimento espontâneo. Um caminho tortuoso, ou, como se percebe, sempre mais longo e que só dificulta o que a Constituição quis favorecer. "175 Com o advento da Lei n. 8.560/92, o seu art. 3º estabeleceu,

expressamente, que é vedado legitimar e reconhecer filho na ata do casamento, mas no seu parágrafo único, estatuiu que é ressalvado o direito de averbar alteração do patronímico materno, em decor- rência do casamento, no termo do nascimento do filho. A redação do dispositivo mereceu crítica: "Os equívocos quanto à legitimação diante da nova ordem constitucional não se confinam à doutrina, onde já encontram abrigo. A Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992, no seu art. 3º, deu uma demonstração impecável de despre- paro do legislador não só na execução dos preceitos constitucionais vigentes, como ainda de entendimento do que fosse o tradicional instituto da legitimação. "17% De outro lado, veja o comentário de Theotonio NEGRÃO: "Em face dessa disposição, conclui-se que a legitimação é automática; decorre, independentemente de outras formalidades, do casamento dos pais; apenas no assento do casamento não pode haver referência a ela. Por isso mesmo, com o casamento posterior dos pais se permite a averbação do nome de casada da mãe no registro de nascimento do filho".

O preceito contido no caput do art. 3º, da Lei n. 8.560/92, evidente- mente, deve ser compreendido à luz da Constituição Federal de 1988, no sentido de expurgar o tom discriminatório e estigmatizante da ilegitimidade que caracterizava a filiação extramatrimonial até o momento do casamento dos seus pais, daí porque durante a celebração do casamento não se pode proceder a qualquer manifestação no sentido de matrimonializar e não "legitimar" os filhos comuns precedentes à celebração, daí porque basta a simples realização do casamento para que ocorra a matrimonialização dos filhos, não sendo

Ibid., p. 127.

Ibid., p. 127.

NEGRÃO, Theotonio. Código Civil e legislação civil em vigor. 18ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 118.

necessária a adoção de qualquer um dos modos previstos no art. 1º da Lei n. 8.560/92, que cuida do reconhecimento voluntário. Tanto assim o é que o parágrafo único do próprio art. 3º, da mesma lei, prevê a produção de efeitos decorrentes do casamento dos pais, qual seja, a averbação do nome de casado do cônjuge (atualmente não apenas da mulher) no registro de nascimento do filho.

8.4. IGUALDADE DE DIREITOS

Ao lado da proibição de quaisquer designações discriminatórias, o art. 227, § 6º, do texto constitucional de 1988, traz o segundo aspecto do princípio da igualdade em matéria de filiação: a igualdade de direitos dos filhos, independentemente da origem. Tal noção de igualdade buscou resgatar a idéia jurídica tradicional de isonomia: "só existe a proibição legal de que o essencialmente igual seja tratado de for- ma diferente. "178 A igualdade no campo do Direito Parental busca identificar os mesmos direitos relativamente às pessoas dos filhos de um mesmo pai ou de uma mesma mãe, sendo totalmente irrelevante a origem da filiação, se matrimonial ou extramatrimonial, se decorrente de vínculo civil ou natural. Uma vez existente o vínculo jurídico de parentalidade/filiação, todos os filhos do mesmo genitor têm, estritamente, os mesmos direitos reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro, sem possibilidade de qualquer diferenciação. "Ainda que num primeiro momento a preocupação ficasse reservada mais intimamente à questão registral, em seguida, buscou-se na juris- prudência um sentido mais preciso à igualdade defendida, passan- do o conceito a garantir também ao filho o direito de ver exerci- tados na práticas os deveres decorrentes da paternidade."179

Uma distinção que antigamente se fazia, no campo dos direitos dos filhos, consistia no direito sucessório relativamente aos filhos adotivos. Mesmo com o advento da Lei n. 6.697/79, conhecido como Código de Menores, em que se buscou assegurar aos filhos adotivos

MARQUES, Cláudia Lima et allii, op. cit., p. 28. Ibid., p. 29.

a igualdas rativamen existia no "Nessa se a possibi Civil bra seus pais legítimos texto cor subsistir, Criança e art. 227, e do Ado a condiç inclusive pais e pa mesmo c maiores dos filho princípio tando su para a a os efeito tos na L efetiva i

Ho possível recebime Era o qu art. 51, da da Lei n porquant de condic

Ibid., p. Ibid., p

AMA

1° to ei, al 20

a igualdade de direitos na sucessão hereditária dos pais, compa- rativamente aos direitos dos filhos da família natural, a desigualdade existia no que tangia aos filhos adotados no sistema do Código Civil: "Nessa situação, a jurisprudência vinha alcançando, ao máximo, a possibilidade de conferir ao adotado pelo sistema do Código Civil brasileiro o direito de concorrer à metade da herança de seus pais adotivos quando disputado o patrimônio com filhos legítimos nascidos após a adoção. "180 Todavia, diante do novo texto constitucional, tal tratamento jurídico-legal não pode mais subsistir, sendo de notar ainda o reforço trazido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, com a repetição do preceito do § 6º, do art. 227, da Constituição Federal, no art. 20, do Estatuto da Criança e do Adolescente, além da regra expressa do art. 41: a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. Desse modo, mesmo os filhos adotados no regime do Código Civil - adoção de maiores de dezoito anos recebem os mesmos direitos e deveres dos filhos da família natural, diante da incidência e da efetividade do princípio constitucional da igualdade de direitos dos filhos, desimpor- tando sua origem: "reconhece-se, assim, que os critérios formais para a adoção de maiores são os previstos no Código Civil, mas os efeitos, conforme a Constituição Federal, devem ser os previs- tos na Lei n. 8.069/90, única a estipular de forma positivada a efetiva igualdade na filiação após a Constituição Federal. "181

Houve época em que o filho dito "adulterino", quando fosse possível o reconhecimento da paternidade, somente tinha direito ao recebimento de metade da herança que coubesse ao filho matrimonial. Era o que se denominava o "amparo social", mas diante do teor do art. 51, da Lei n. 6.515/77, que alterou a redação de alguns dispositivos da Lei n. 883/49, tal tratamento diferenciado deixou de existir, porquanto passou-se a estabelecer o direito à sucessão em igualdade de condições.

Ibid., p. 30.

Ibid., p. 30.

C

C

C

8.5. IMPRESCRITIBILIDADE E RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO

Outro ponto a ser analisado diz respeito ao conteúdo do disposto no art. 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o qual o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição. A respeito de tal preceito, Zeno VELOSO comentou: "Este preceito, na sua ampla abrangência, dá o perfil da ação investigatória diante da nova ordem constitucional do Brasil: a demanda pode ser intentada contra os pais (assim, no plural) ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, vale dizer, sem os limites e condicionamentos que outrora vigiam, como as causas determinadas que tornavam admissível a ação, a enunciação dos meios de prova etc... "182 Após enunciar as três ordens de obstáculos previstos no Código Civil para o afastamento da presunção pater is est - quanto à legitimidade para a propositura da ação de contestação de paternidade, quanto ao prazo para propô-la e quanto à causa petendi -, Gustavo TEPEDINO observa: "Tais obstáculos hão de ser revisitados à luz da isonomia constitucional e da legislação especial, que mitigam o rigor da presunção, autorizando o filho, representado pela mãe, ou em nome próprio, após atingir a maioridade, a propor a contestação. "183

Ao comentar sobre a posição adotada pelos juristas antes mencionados, João Baptista VILLELA observou: "A paternidade seria, assim, (...), uma espécie de direito permanente de conteúdo variável. A cada um estaria deferido, como inerente à filiação, algo como um poder interno de mudar de pai, um autêntico jus

K VELOSO, Zeno. Direito brasileiro da filiação e da paternidade. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 99.

45 TEPEDINO, Gustavo, Temas.... pp. 400-401. E, em seguida, comenta o art. 27, do. Estatuto da Criança e do Adolescente: "O dispositivo é informado pela Constituição Federal que, tendo como fundamento da República a dignidade da pessoa humana (art. 1.. 111), molda toda a disciplina da filiação ao interesse maior da criança, (...). perdendo fundamento de validade as restrições à busca da verdade biológica que antes se justificavam em beneficio da estabilidade institucional da familia." (p. 401).

variandi, A respeito da imprescritibilidade do direito ao reconhe- cimento forçado da paternidade, através da ação de investigação, o Supremo Tribunal Federal já havia enunciado a orientação que se pacificou na Súmula n. 149, segundo a qual é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança. Assim, com base no art. 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente, haveria sido ampliado o alcance de tal regra para permitir o desmoronamento de todo o sistema construído com base nos modelos de filiação edificados pelo Código Civil, como, através da aplicação da presunção pater is est, a possibilidade restrita de impugnação de reconhecimento de filiação extramatrimonial?

Correta, a meu sentir, a posição de VILLELA: "Direito ao reconhecimento tem-no todo aquele, e somente aquele, a quem falte o pai juridicamente estabelecido. Não o tem, portanto, em princípio, aquele a quem a condição de havido do casamento já lhe dá o pai. Ao exercício dessa pretensão de ser reconhecido não opunha o Código Civil qualquer prazo, nisso coincidindo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como coincidia, pelo seu espírito, em que a ação fosse personalíssima e indis- ponível. 185 A se admitir a possibilidade ad perpetuam e ilimitada de investigação de paternidade para aqueles que já tinham vínculo jurídico de paternidade estabelecido em razão da verdade biológica, estar-se-ia encampando o arbítrio da pessoa que, não mais criança ou adolescente, poderia buscar vantagens econômico-patrimoniais, desconstituindo vínculos de parentalidade antigos, e constituindo novos vínculos de parentalidade. "Pai é o contraponto da fragilidade e da insegurança em que está irremediavelmente imersa a criança, com seus medos e desvalias. Pai é ainda o porto aonde acorrem os adultos nas crises que o destino lhes propõe e de que nenhuma alma está livre. (...) A lógica da superstição científica, que reduz a paternidade a um determinismo biológico, rompe com a visão

VILLELA, João Baptista, op. cit., p. 134.

Ibid., p. 135. E, em seguida, complementou: "O art. 27 do Estatuto, ao quali- ficar o direito de reconhecimento como personalissimo, indisponível e impres- critivel, introduziu, por certo, no direito brasileiro uma explicitação saudável. Max, em rigor, não se constituiu propriamente em uma inovação." (p. 135).

integrada da vida humana, cujos fins e sentido só se realizam segundo um projeto de liberdade. " Assim, o art. 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é

perfeitamente aplicável às pessoas que não tenham pais jurídicos estabelecidos, não sendo correto o entendimento quanto à sua aplicação a outras situações que não aquelas relativas às pessoas cuja paternidade e/ou maternidade não foi estabelecida. Daí porque o art. 27, citado, em nada alterou os prazos decadenciais relativos à contestação ou impugnação de paternidade

estabelecida, previstos nos arts. 178, §§ 3º, 4°, inciso I, e 9º, inciso VI, e 362, do Código Civil: "os (prazos) do Código são prazos para impugnar uma pater- nidade já estabelecida, não para estabelecer uma paternidade em favor de quem não a tenha."

E, como foi bem observado por João Baptista VILLELA, a regra do art. 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ficou aquém do preceito contido no art. 350, do Código Civil, que cuida da ação visando demonstrar a matrimonialidade da filiação [1]87. Com efeito, o art. 350 assegura o direito de provar a matrimonialidade da filiação durante toda a vida do filho, permitindo a transmissão aos seus herdeiros se ele morrer menor ou incapaz. Ao estabelecer o caráter personalíssimo do direito de reconhecimento, o art. 27 não teria permitido a transmissão de tal direito aos herdeiros do filho. Assim, haveria tratamento mais benéfico em relação aos filhos matrimoniais em comparação com aquele dispensado aos filhos extramatrimoniais. Daí a solução apresentada por VILLELA: "Na parte que favorece a legitimidade o art. 350 não pode sobreviver, porque estaria excluindo o filho não-matrimonial, o que a Constituição não permite. Mas sobrevive na parte que assegura a obtenção da paternidade (para o titular do direito e seus herdeiros). Ou seja, o artigo mantém-se, desvestido daquilo que expressa privilégio. Com o que torna-se mais amplo, quer enquanto possa afirmar não só a imprescritibilidade geral da ação de investigação de paternidade - (...) como também a transmissibilidade dela aos seus herdeiros - o que é da maior significação, principalmente

VILLELA, João Baptista, op. cit., pp. 137-138. Ibid., p. 135.

MA

quando alcança até mesmo a hipótese em que a ação sequer chegou a ser ajuizada em vida do filho. "Is

a

No campo do reconhecimento judicial da filiação extrama- trimonial, via ação de investigação de paternidade, surge o tema envolvendo a prova científica da filiação biológica através do exame de DNA, contra a vontade do investigado. Em matéria de verdade biológica, inexiste mais dúvida de que a revolução científica permitiu o conhecimento da origem genética humana através da confiabilidade do exame pericial. Nas palavras de Eduardo de Oliveira LEITE, "o recurso aos testes de identificação genética permitiu não só estabelecer com certeza as relações de parentalidade e de filiação (direito civil) como também facilitou a prova diante do tribunal visando a inocentar um criminoso ou, ao contrário, afirmar sua culpabilidade (direito penal) "189. Todavia, a parentalidade/filiação não pode ter como fonte única e exclusiva a verdade biológica, conforme vem sido reconhecido na doutrina.

Mas, em se buscando o estabelecimento do vínculo da filiação ao pretender descobrir quem é o pai biológico que tende a se trans- formar no pai socioafetivo e, também, jurídico, não há como negar a importância da identificação genética. E, em caso de recusa à submissão do exame de DNA por parte do investigado? O Supremo Tribunal Federal, em julgamento ocorrido em 1994, se orientou, pela maioria dos seus integrantes, no sentido da impossibilidade do constrangimento físico do investigado para coleta do material indis- pensável à feitura do exame DNA 191. A hipótese consiste, indubitavel-

Ibid., p. 136.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Exame de DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação. Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais. Coord, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim & LEITE, Eduardo de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 1999, p. 191.

Daí a colocação de Eduardo de Oliveira LEITE: "O que a investigação de pater- nidade pretende, em última análise de o que fica garantido através do exame de DNA) é o dado inicial da cadeia, de desenvolvimento que acompanha o ser humano desde a infância até a fase adulta. (...) Como é possível falar em amor. afeto, ou relação paterno-filial se não conhecemos o pai de determinada criança?" (Exame de DNA ...., p. 217).

Cuida-se do Habeas Corpus n. 71.373-4-RS, tendo como Relator o Ministro Marco Aurélio, datado de 10.11.1994, publicado no DJU de 22.11.1994, p. 45.686.

mente, no conflito de dois direitos fundamentais: a) o direito da criança ou do adolescente à descoberta e ao estabelecimento de sua paren- talidade - o direito a ter um pai e uma mãe; b) o direito do investi- gado à inviolabilidade do seu corpo ou à integridade físico-corporal. Com maestria, observa Eduardo de Oliveira LEITE: "Em maté-

ria de filiação e de determinação de paternidade, o princípio constitucional inserto no art. 227 não abre margem a qualquer dúvida: o Estado deve garantir à criança, com 'absoluta priori- dade', o direito à convivência familiar. E esta convivência só é possível onde ocorrer a bilateralidade maternidade-paternida- de. "192 Daí a razão pela qual o Canadá e vários Estados norte- americanos haverem tornado obrigatório o exame de DNA em bene- fício da comunidade, que não pode tolerar o abandono de menores e a irresponsabilidade dos pais em nome de um suposto malferimento de direito fundamental, qual seja, o direito à integridade física. O art. 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente, da mesma forma, admite a realização do exame de DNA sem qualquer restrição, para reco- nhecimento judicial da paternidade, além do disposto no art. 339, do Código de Processo Civil, que impõe o dever de

todos colaborarem com o Poder Judiciário para a descoberta da verdade, especialmente em matéria de filiação.

Há, ainda, que ressaltar o abuso de direito do investigado quanto à intangibilidade corpórea e à intimidade, considerando a insignificân- cia da lesão, porquanto atualmente um mero fio de cabelo é suficiente para a realização do exame de DNA: "o direito à integridade física configura verdadeiro direito subjetivo da personalidade, garan- tido constitucionalmente, cujo exercício, no entanto, se torna abusivo se servir de escusa para eximir a comprovação do vínculo genético, a fundamentar adequadamente as responsabili- dades decorrentes da relação de paternidade. "193

LEITE, Eduardo de Oliveira. Exame de DNA, pp. 212-213.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na Investigação de Paternidade (apud TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 413).

d b: Co po di ric oc do hu çãc fan na os i moc toda mat

RELAÇÃO JURÍDICA PÓS-DISSOLUÇÃO DA UNIÃO MATRIMONIAL

Outro tema intimamente relacionado às transformações do Direito de Família brasileiro, mormente diante do texto constitucional de 1988, é aquele relacionado à dissolução da união conjugal e os seus efeitos. Houve uma autêntica revolução no ordenamento jurídico brasileiro acerca das relações familiares não apenas no período de convivência entre o casal, mas também no período concomitante e posterior à ruptura da família anteriormente existente. Nos dias atuais, diante da busca do fundamento das relações familiares nos ideais e valores pluralistas, solidaristas, democráticos, isonômicos e humanitá- rios, a abordagem normativa evidentemente deve ser diversa daquela ocorrida no período em que tais ideais não preponderavam. A procura do atingimento do bem existencial mais desejado na civilização humana, qual seja, a felicidade, é o objetivo maior, em consonância com os princípios, fundamentos e valores alçados em nível constitu- cional. Como realçado, enquanto no direito codificado havia preocupa- ção excessiva com as relações patrimoniais, inclusive no âmbito da família, atualmente, diante das mudanças detectadas na sociedade e na sua célula menor, que é a entidade familiar, devem ser destacados os interesses afetivos e existenciais dos familiares, pois somente desse modo, suas potencialidades poderão desenvolver-se e, em última análise, toda a sociedade engrandecerá existencialmente e, reflexamente, materialmente.

9.1. FASES DO ORDENAMENTO EM MATÉRIA DE DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

No âmbito da dissolução da sociedade conjugal no Direito brasileiro, o termo "divórcio" foi utilizado no passado - inclusive no Decreto n. 181/1890-para o fim de designar a ruptura da sociedade conjugal, e não com o efeito de dissolver o vínculo conjugal. Assim, apesar do divórcio na acepção mais comum - a de ser instrumento de dissolução do vínculo do casamento - não existir no Brasil antes da Emenda Constitucional n. 9/77, o termo era empregado na legislação existente no século passado. O advento do Código Civil de 1916 trouxe, como novidade, o termo "desquite", com importante aplicação prática: "Foi oportuna, na ocasião, a introdução do vocábulo desquite, na lei brasileira. Ele servia para distinguir a separação judicial de corpos e de bens, a única admitida no direito brasileiro de então, do instituto do divórcio com dissolução do vínculo conjugal e possibilidade de novo matrimônio aos divorciados, permitido na época, em quase todos os países do mundo, mas não admitido entre nós. "194 Com o ingresso da Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, conhecida como Lei do Divórcio, o termo "desquite" foi substituído por "separação judicial", conforme expressa referência em vários dispositivos da lei, mormente no art. 50, que alterou a redação de vários dispositivos do Código Civil que continham o termo "desquite" 195. A substituição do termo ocorreu em razão da carga de preconceito, de discriminação, que pesava sobre a mulher desquitada, e os filhos de pais desquitados: "Quando se atribuía a uma mulher o seu estado civil de desquitada era como

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. 22ª ed., São Paulo: Saraiva, v. 6, 1997, p. 201. A substituição do "desquite" pela "separação judicial" foi alvo de críticas por parte de alguns doutrinadores, destacando-se a posição de Sílvio RODRIGUES: "Não há qualquer razão para desprezar-se a palavra desquite, de conotação precisa e extensão definida, para adotar-se a locução separação judicial, susce tivel de geras equívocos. Não há qualquer razão para desprezar o nacional que é bom, para acolher o estrangeiro que é pior, apenas porque é importado." (op. cit., p. 203). No mesmo sentido. Arnoldo WALD (Curso de Direito Civil Brasileiro: Direto de Familia. 7ª ed., 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. IV. 1990, p. 131).

DIR

se vig dae

até pas de dac fica lei b) a pas de litig din con (ou não de a râne

na s

"1 cio; nece atrib para de te de e pelo ment introc

PER

zon

se the impingisse um valor negativo em relação aos valores morais vigentes. A desquitada era aquela que era malvista pela socie- dade,

Desde o início de vigência do Código Civil brasileiro, de 1916, até os dias atuais, basicamente o tema "dissolução da união conjugal" passou por três fases bem distintas e marcantes: a) a primeira fase, de 1916 até 1977, em que a admissão da dissolução apenas da socie- dade conjugal era excepcionalíssima, de acordo com o sistema codi- ficado, em que somente as hipóteses taxativamente previstas em lei autorizariam o desquite litigioso, todas elas baseadas na culpa; b) a segunda fase, de 1977 a 1988, uma etapa intermediária, em que passou a se admitir o rompimento do vínculo conjugal, com uma série de limitações, ampliando-se o rol de hipóteses de separação judicial litigiosa; c) a terceira fase, de 1988 até os dias presentes, com a diminuição dos óbices ao divórcio, valorizando-se a formação e a continuidade de uniões familiares fundadas nos elementos afetivos (ou existenciais) e, conseqüentemente, o rompimento de uniões que não preencham mais os requisitos necessários para o reconhecimento de autênticas famílias, baseadas nos princípios e ideais contempo- râneos nessa matéria.

O saudoso Orlando GOMES resumiu as alterações introduzidas na segunda fase, no campo da separação judicial (antigo desquite): "1") a mudança de concepção da separação, ponte para o divór- cio; 2) o abandono da culpa de um dos cônjuges como condição necessária para a pronúncia da separação litigiosa; 3*) o relevo atribuído à impossibilidade de continuação da vida em comum para justificação da referida pronúncia, isto é, a relativização de todas as causas de separação; 4) a substituição do critério de enunciação taxativa de causas típicas de separação litigiosa pelo de indicação de causas sem especificação. "197 E, evidente- mente, uma das grandes mudanças feitas pela Lei n. 6.515/77 foi a introdução do divórcio, rompendo o princípio da indissolubilidade do

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e união estável. 2ª ed. Belo Hori- zonte: Del Rey, 1995, p. 13.

GOMES, Orlando. Direito de família., op. cit., p. 201.

vínculo que existia no Direito brasileiro até então: "Esta lei veio permitir o divórcio a vínculo em duas hipóteses, uma de caráter permanente, outra de caráter transitório, a saber: a) poderá o desquite, dadas as condições configuradas na lei, ser sempre convertido em divórcio; b) poderá o divórcio ser obtido, após a separação de fato por mais de cinco anos iniciada antes de 28 de dezembro de 1977. "198

Nas precisas palavras de Luiz Edson FACHIN, "uma história construída a quatro mãos tende ao sentido da permanência. Todavia, a liberdade de casar convive com o espelho invertido da mesma liberdade, a de não permanecer casado "199. A disso- lução da sociedade conjugal, que no início do século era admitida excepcionalmente diante da noção da prevalência dos interesses da instituição familiar - mesmo que em detrimento de seus integrantes -, atualmente encontra seu campo de atuação alargado cada vez mais, sempre com a intervenção estatal, ora pela separação judicial, ora pelo divórcio. Apesar de não ter ocorrido a equiparação ao compa- nheirismo, o casamento passa a valorizar a affectio nas relações mantidas entre o casal, e assim, o desaparecimento do elemento anímico deve ensejar a ruptura da sociedade conjugal e do próprio vínculo existente. Há, de certo modo, um retorno às origens romanas, com o crescimento da importância da affectio maritalis nas relações matrimoniais. Assim, a superveniente falta da affectio, mesmo que dependente da formalização do rompimento da união, passou a gerar vários efeitos jurídicos, conforme será analisado. O raciocínio básico deve ser o seguinte: a dissolução da união conjugal deve ter a mesma liberdade reconhecida no ordenamento jurídico para a constituição da união conjugal, sujeitando-se, no entanto, a algumas restrições e efeitos distintos. Assim, por exemplo, se há determinados óbices à formação da família matrimonial, diante da existência de determinados impedimentos dirimentes, é perfeitamente legítimo que se imponha determinadas objeções à dissolução da sociedade conjugal, diante da presença de interesse maior que deve prevalecer ao desejo de

RODRIGUES, Silvio, op. cit., p. 201 FACHIN, Luiz Edson, op. cit., p. 169.

C

P

p Se do SC co tui div

dia

dissolução da sociedade conjugal. Desse modo, é perfeitamente legítima a regra prevista no art. 6º, da Lei n. 6.515/77, segundo a qual nos casos de separação-falência (separação de fato por um ano ou mais, e a impossibilidade de reconstituição da vida em comum do casal) ou separação-remédio (caso de grave doença mental de um dos cônjuges, manifestada após o casamento, tornando impossível a continuação da vida em comum, com duração de cinco anos) a separação judicial (e, logicamente, o divórcio) poderá ser negada "se constituir, respectivamente, causa de agravamento das condições pessoais ou da doença do outro cônjuge, ou determinar, em qual- quer caso, consequências morais de excepcional gravidade para os filhos menores. "200 Evidentemente que tal norma, por ser excepcional, deverá ser aplicada com o devido temperamento dado pela jurisprudência, mas é perfeitamente coerente

com os novos rumos do Direito de Família, em especial a observância da dignidade das pessoas dos familiares, que deve ser preservada em situações em que apenas um deles pretenda a dissolução da sociedade, ou mesmo do vínculo, conjugal.

Contemporaneamente, portanto, não há mais a excepcionalidade da dissolução da união conjugal. O divórcio, na terceira fase supra- mencionada, nasce do decurso do tempo, prescindindo de motivação. Nos termos da Constituição Federal de 1988, "o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano, nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos", de acordo com o § 6º, do art. 226. Houve um alargamento da possibilidade do divórcio, não somente através da diminuição do prazo do divórcio indireto (ou por conversão) de três para um ano, mas também (e, principalmente) diante da situação de separação de fato por mais de dois anos. "A Consti- tuição Federal de 1988, veio a institucionalizar efetivamente o divórcio direto, possibilitando-o a qualquer tempo, independente

* Desse modo, não há como prevalecer a anotação contida em nota de rodapé do Código Civil e legislação civil em vigor, de Theotonio NEGRÃO, para quem". e art. 6º está virtualmente revogado pela nova redação do art. 40, caput." (18 ed, atual., São Paulo, Saraiva, p. 741, 1999, nota ao art. 6.1).

D

da data de início da ruptura da vida em comum. "201 As hipóteses de divórcio-sanção desapareceram do Direito brasileiro, já que atualmente apenas o decurso do prazo de dois anos de separação de fato é o requisito necessário para motivar o divórcio direto. A possibi- lidade de divórcio direto, que antes era excepcional, sendo objeto de tratamento na Lei n. 6.515/77 dentro do campo das disposições transitórias (art. 40), passou a ser conjugada com a possibilidade de divórcio indireto, daí porque passou a ser "o modelo definitivo de ação extintiva do casamento", sendo "impróprio o enquadramen- to, ainda mantido no art. 40 da Lei n. 6.515/77, no capítulo de 'disposições finais e transitórias" 202

9.2. A NECESSÁRIA ADAPTAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRA CONSTITUCIONAL À CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Lei n. 7.841, de 17 de outubro de 1989, alterou a redação de alguns dispositivos da Lei n. 6.515/77, para adequar a legislação infraconstitucional à Lei Maior. Evidentemente que a norma constitu- cional já era auto-aplicável, sendo desnecessária qualquer corrigenda da legislação infraconstitucional para a ocorrência do divórcio direto com base no art. 226, § 6º, do texto constitucional. Assim, a redação originária do art. 40, caput, da Lei n. 6.515/77 ("no caso de sepa- ração de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completados 5

(cinco) anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual se deverão provar o decurso do tempo da sepa- ração e a sua causa") não foi recepcionada pela Constituição de 1988, em que se previu tão-somente a necessidade do decurso de dois anos de separação de fato. A alteração da redação do art. 40, caput, feita pela Lei n. 7.841/89, portanto, somente adequou formalmente o dispositivo legal ao texto constitucional. Nos termos da disposição do art. 40, caput, "no caso de separação de fato, e desde que comple-

AMORIM, Sebastião Luiz. O divórcio e a Constituição de 1988. In: COLTRO. Antonio Carlos Mathias. O Direito de Familia após a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000. p. 62).

Ibid., p. 62.

de se na tex no an de da

cor toca ped ser Com n o pr rest art. norn brasi dend ou in

há me indire fato p incom indiret

Tal da

poder

grafos

20 A dou

todos,

tados 2 (dois) anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo da separação." O disposto no § 1º, do art. 40, da Lei n. 6.515/77203, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, porquanto o texto somente impôs o requisito temporal para o divórcio direto. Com o advento da Lei n. 7.841/89, foi formalmente revogado o disposto no § 1º, do art. 40, da Lei n. 6.515/77, o que ratifica a orientação anterior quanto à exigência apenas do lapso temporal de separação de fato por dois anos para o divórcio direto, sem se perquirir a causa da ruptura do vínculo conjugal.

Outro aspecto intimamente relacionado às transformações ocorridas com o surgimento da terceira fase da dissolução da união conjugal relaciona-se à ilimitação do número de divórcios no que toca a uma pessoa. O art. 38, da Lei n. 6.515/77, dispunha que o pedido de divórcio, em qualquer de suas modalidades, somente poderia ser formulado uma vez 204. Ora, mesmo na vigência da Emenda Constitucional n. 9/77 - que permitiu a introdução do divórcio no país -, não havia motivo para se impor limitação ao número de divórcio se o próprio texto alterado da Constituição Federal não previa qualquer restrição dessa natureza, daí a duvidosa constitucionalidade do art. 38. A Lei n. 7.841/89, cumprindo assim o princípio da pirâmide normativa em matéria de hierarquia das leis do ordenamento jurídico brasileiro, revogou formalmente o art. 38, da Lei do Divórcio, aten- dendo, desse modo, aos princípios e valores constitucionais expressos ou implícitos em matéria de Direito de Família.

Tratando-se de hipótese de pessoas já separadas judicialmente há menos de um ano-e, portanto, ainda não sendo possível o divórcio indireto, será possível o divórcio direto, com base na separação de fato por mais de dois anos? Diante do texto constitucional, inexiste incompatibilidade entre as causas que autorizam os divórcios direto e indireto. Ambas as modalidades de divórcio está essencialmente

Tal dispositivo tinha a seguinte redação: "O divórcio, com base neste artigo, só poderá ser fundado nas mesmas causas previstas nos arts. 4° e 5" e seus pará- grafos."

* A doutrina, à época, teceu severas (e corretas) críticas à proibição legal: por todos, Orlando GOMES (op. cit., pp. 278-281).

atreladas ao fator temporal: um ano de separação judicial e dois anos de separação de fato. É certo que há a necessidade do preenchimento de outros requisitos, mas de todo modo estes não são os mais impor- tantes. Assim, se o objetivo constitucional é permitir valorizar a perma- nência (ou não) das famílias fundadas no afeto, no sentimento, inexiste motivo para impedir que o casal, já separado de fato há mais de dois anos, sofra restrição para obtenção do divórcio porque, há menos de um ano, se separaram judicialmente. Aliás, nesse sentido, insta acen- tuar que o texto constitucional cria direito subjetivo que não comporta restrição, muito menos no campo da hermenêutica, ao estabelecer apenas o prazo de dois anos de separação de fato para o divórcio direto 205

Outro ponto relevante se relaciona ao divórcio indireto (por conversão) no que pertine à objeção contida no art. 36, inciso II, da Lei n. 6.515/77206. Há algumas manifestações doutrinárias no sentido da não-recepção de tal dispositivo pelo texto constitucional de 1988. Yussef Said CAHALI, ao cuidar do tema, comenta: "... o obstáculo à conversão da separação judicial em divórcio previsto no art. 36, parágrafo único, inciso II, da Lei n. 6.515/77 não mais prevalece diante do enunciado no preceito constitucional do art. 226, § 6º.207

No mesmo sentido do texto: Sebastião Luiz AMORIM, op. cit., pp. 63-64, Maria Helena DINIZ, em oposição à afirmação contida no texto, considera que somen- te é possível o divórcio direto consensual: "Em que pesem as opiniões em contrário, se não houver consenso entre os separados de fato por mais de 2 anos em mover ação de divórcio direto, parece-nos que a medida mais acerta- da (...), e por envolver a questão de estado de pessoas que requer interpretação restritiva (...), seria partir primeiro para o pedido de separação judicial litigiosa e depois para o de sua conversão em divórcio."(Curso de Direito Civil Brasi- leiro. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 250-251). Tal interpretação, data venia, contraria o espírito da Constituição Federal de 1988, mormente diante da

redação clara do art. 226, § 6". Com a seguinte redação: "Art. 36. Do pedido referido no artigo anterior, será citado o outro cônjuge, em cuja resposta não caberá reconvenção. Parágrafo único. A contestação só pode fundar-se em: 1-falta do decurso de 1 (um) ano da separação judicial; II - descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação."(grifos nossos)

CAHALI, Yussef Said. Divórcio e separação. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 1.077. E, para justificar tal conclusão, o autor apresenta quatro argumentos: a) o exame comparativo entre o texto do art. 175. § 1º, da Consti- tuição de 1969 (já na redação da Emenda n. 9/77) e o art. 226, § 6º, da Consti-

DIRE

Adot inco rand à in acert de 1 poss simp preve menc do ar não a pode lapso em se unida único "unia consti по oro regras ção da via co lidade divórc ocasiã

tuição

b) a exone conve n. 6.5 visand Consti inexist o divo FACH

105

to or- e S

Adotando posição idêntica, veja o comentário de Luiz Edson FACHIN: "O argumento que reputa aquele dispositivo da Lei do Divórcio inconstitucional faz uma justa homenagem à Constituição, descu- rando, no entanto, que promove, como consequência, um brinde à inadimplência

alimentar. "308 Impõe-se o reconhecimento do acerto de tal orientação doutrinária, diante da Constituição Federal de 1988. Com efeito, a norma constitucional é clara ao estatuir a possibilidade da conversão da separação judicial em divórcio pelo simples decurso do prazo de um ano, pelo menos, e, em seguida, prever o divórcio direto diante da separação de fato por dois anos, ao menos. A expressão "nos casos expressos em lei", constante do § 6º, do art. 226, do texto constitucional, se refere à separação judicial, e não ao divórcio, razão pela qual a legislação infraconstitucional não pode estabelecer outras restrições que não o simples advento do lapso de um ano da separação judicial para impedir o divórcio. Aliás, em se tratando de pessoa separada judicialmente, mas que já esteja unida em companheirismo a outra pessoa, a regra do art. 36, parágrafo único, inciso II, da Lei n. 6.515/77, em vez de facilitar a conversão da "união estável" em casamento, impediria o cumprimento do desejo constitucional. Resta, assim, evidente que a permanência de tal óbice no ordenamento jurídico brasileiro estaria violando, no mínimo, duas regras constitucionais, alicerçadas na realidade sociojurídica: a dissolu- ção da união matrimonial e a constituição de nova união matrimonial via conversão do companheirismo em casamento. Não há razoabi- lidade, outrossim, em impedir a conversão da separação judicial em divórcio, diante do descumprimento de obrigação assumida por ocasião da separação, e autorizar o divórcio direto, sem sujeitar a

tuição de 1988, evidencia que não houve mera redução do prazo de conversão; b) a interpretação teleológica do texto constitucional atual não é no sentido de exonerar o devedor de obrigações assumidas com a separação, mas não impede a conversão; c) a restrição do inciso II, do parágrafo único, do art. 36, da Lei n. 6.515/77, representava uma solução de compromisso do período de transição, visando punir aquele que não cumprisse suas obrigações anteriores, ao passo que a Constituição de 1988 espelha realidade sociojurídica completamente diversa: d) a inexistência de sentido para admitir o divórcio direto sem restrição, ao passo que o divórcio indireto continua sofrendo restrições. *

FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos de direito de familia, p. 192.

qualquer restrição no caso de separação de fato por dois anos. Na eventualidade de pessoas separadas de fato, com imposição concreta de obrigação alimentar a um dos cônjuges (p. ex., em razão de ação de alimentos), este pode pleitear o divórcio direto, mesmo em situação de inadimplência acerca da sua obrigação alimentar, desde que verificado o lapso temporal de dois anos de separação de fato. Ora, inexiste razoabilidade em se impedir o divórcio indireto no caso de separação judicial com o mesmo efeito alimentício. Assim, a conclusão é realmente a da não-recepção do art. 36, parágrafo único, inciso II, da Lei do Divórcio, diante do texto constitucional de 1988.

Uma mudança forçada pelo texto constitucional de 1988 se deu em relação à separação-falência, ou seja, aquela prevista no art. 5º, § 1º, da Lei n. 6.515/77209. Na redação

original, a separação-falência resultava da ruptura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos, ensejando a impossibilidade de sua reconstituição. No entanto, a partir da previsão do divórcio direto relacionado à separação de fato por dois anos consecutivos, deixou de ser interessante o recurso à separação-falência. Daí a alteração da redação do § 1º, do art. 5º, da Lei do Divórcio, realizada pela Lei n. 8.408, de 13 de fevereiro de 1992. Com a mudança, o prazo da separação-falência caiu de cinco para um ano, em perfeita conso- nância com a nova tábua axiológica constitucional, diante da preva- lência do elemento affectio em detrimento da mera manutenção da sociedade conjugal baseada na mera formalidade cartorial consistente na certidão de casamento, mas sem a presença dos elementos necessários à manutenção da família matrimonial. Cumpre esclarecer que subsiste a hipótese de separação-remédio, prevista no art. 5º, § 2º, da Lei n. 6.515/77, ou seja, aquela requerida quando um dos cônjuges "estiver acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de 5 (cinco) anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável".
Cuida-se de situação

Nos termos de tal dispositivo na sua redação atual, "a separação judicial pode. também, ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de um ano consecutivo, e a impossibilidade de sua reconstituição."

DIR

tip sep de com obs -a sera doc con doe pelo qua em cinc sem não a nă os in da s disso

gam separ para, ruptu conju de co das ju a de c

separa termo logica antema

FACH

tipicamente de separação sem culpa, mas que não pressupõe a separação de fato do casal, e que se verifica em determinados casos de doença grave na família, de ordem mental, impossibilitando a continuidade da comunhão de vida e de sentimentos. Importante observar que na hipótese da separação-remédio, o elemento anímico -a affectio - pode ainda subsistir, mas na maior parte dos casos não será suficiente para manter a união conjugal, permitindo a liberação do cônjuge sadio para, após a dissolução da sociedade conjugal, possa constituir nova família que, quiçá, poderá ser benéfica ao próprio doente, através de auxílio prestado pela família recém-constituída pelo seu ex-cônjuge. A respeito do prazo de cinco anos, não houve qualquer mudança diante da Constituição de 1988, porquanto a hipótese em tela não se confunde com a separação de fato. O período de cinco anos está relacionado à doença mental

de um dos cônjuges, sem qualquer ruptura de convivência entre o casal, razão pela qual não houve qualquer influência do texto constitucional nessa matéria, a não ser o reforço ao princípio solidarista e humanitário, conjugando os interesses dos ex-cônjuges quanto à possibilidade de dissolução da sociedade conjugal, mas a produção de efeitos benéficos pós- dissolução ao cônjuge doente.

"A separação é o meio do caminho entre a volta e o desli- gamento. "210 Diante do sistema introduzido pela Lei n. 6.515/77, a separação judicial passou a ser considerada uma etapa necessária para, após determinado lapso temporal, se deliberar a respeito da ruptura do vínculo através do divórcio, ou do retorno à sociedade conjugal através da reconciliação do casal. Há pessoas que, por motivo de convicção religiosa, preferem se manter no estado civil de separa- das judicialmente, mas o sistema edificado a partir da Lei de 1977 foi a de considerar a separação o meio do caminho.

Encontra-se até hoje em vigor o período de carência para a separação consensual, qual seja o de dois anos de casamento, nos termos do art. 4º, da Lei n. 6.515/77. Tal prazo visa tutelar o casal e, logicamente, a família constituída recentemente, pois sabe-se de antemão das dificuldades da convivência inicial, sendo necessário

FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos de direito de família, p. 176.

um período de tempo para os devidos ajustamentos e as necessárias concessões, e a conseqüente reflexão sobre a conveniência e oportu- nidade de se manter ou dissolver a união matrimonial formada. Cuida- se de um lapso temporal "que o Estado impõe, através da legisla- ção, para que se adquira estabilidade nas relações conjugais 211 Assim, em perfeita consonância com o preceito contido no art. 226, caput, do texto constitucional, o legislador estabeleceu o período de carência em um biênio para a aferição da estabilidade (ou instabilidade) do casamento, autorizando a partir de então a dissolução da sociedade conjugal através da separação por mútuo consentimento (ou separação consensual). Vale notar que tal período de dois anos de união é considerado, da mesma forma, como o índice de estabilidade das uniões companheiris (fundadas no companheirismo, ou "união estável"), exatamente como um dos principais requisitos - mas não o único - como indicativo da estabilidade ou instabilidade da relação familiar fundada na convivência. No entanto, não há impedimento que haja a separação de corpos, como medida preparatória e acessória de futura separação judicial antes do decurso dos dois anos de casamento.

1

tuic

con ou de F das pos não de prox devi tirá a for que em r de fa os in

10.1

Ibid. p. 178.

10

SEPARAÇÃO DE FATO E REFLEXOS JURÍDICO-FAMILIARES

A separação de fato ganhou extrema importância na Consti- tuição Federal de 1988. O ordenamento jurídico brasileiro deixou de considerá-la como mero requisito para autorizar a separação-falência ou o divórcio direto. As repercussões da separação de fato, no Direito de Família contemporâneo, ainda não foram devidamente equaciona- das pela doutrina e mesmo pela jurisprudência, a despeito de algumas posições que visualizaram o novo sinal do texto constitucional, mas não com a sistematização desejada. O tema envolvendo a separação de fato e seus reflexos jurídicos deve ser encarado com muita proximidade à temática do companheirismo, evidentemente com as devidas adaptações e cautelas, pois enquanto a separação de fato permi- tirá a desconstituição de uma família, o companheirismo representa a formação de uma nova família. Mas, basicamente, pode ser afirmado que os requisitos necessários à configuração do companheirismo são, em regra, exatamente os opostos para o reconhecimento da separação de fato, e vice-versa, salvo quanto à informalidade, própria de ambos os institutos.

10.1. CONFIGURAÇÃO DA SEPARAÇÃO DE FATO

Com base no art. 2º, caput, da Lei n. 6.515/77, a sociedade conjugal constituída validamente se extingue, em vida, pela separação judicial ou pelo divórcio. Assim, não há como se pretender que a

separação de fato seja também considerada forma de dissolução da sociedade conjugal, levando em conta a circunstância da necessidade da formalização de tal ruptura, tal como se exigiu na constituição dela própria. No entanto, a partir do advento do texto constitucional de 1988, com a preponderância dos valores existenciais, psíquicos, solidaristas e personalistas, é imprescindível que se proceda à releitura de várias normas da Lei n. 6.515/77, especialmente em matéria atinen- te aos efeitos jurídicos da separação de fato. De maneira antecipada, urge deixar consignado que o estado civil das pessoas separadas faticamente permanecerá sendo o de casado, mas sem impedir a produção de determinados efeitos jurídicos diversos daqueles produ- zidos durante a convivência do casal.

Sabe-se, tradicionalmente, que a dissolução da sociedade conju- gal produz determinados efeitos de natureza pessoal (como, p. ex., a cessação dos deveres de coabitação, de fidelidade), e outros de natu- reza patrimonial (v.g., extinção do regime de bens, a imposição do dever alimentar, o término do direito sucessório), entre os cônjuges, e também em relação à prole e a terceiros. "A dissolução da socieda- de conjugal produz efeitos genéricos de natureza pessoal e patri- monial, interessando aos cônjuges, à prole e a terceiros; a sepa- ração judicial produz efeitos específicos, conforme tenha sido decretada em razão de mútuo consentimento, no pressuposto da culpa unilateral ou recíproca, ou sem o pressuposto da culpa de qualquer dos cônjuges. "212

Há, contudo, determinados efeitos que são antecipados no orde- namento jurídico brasileiro, por força da concessão da medida cautelar de separação de corpos, ou mesmo em virtude de uma separação de fato precedente, e que são convalidados pela eficácia retroativa da sentença. Ao comentar sobre a separação de fato, Luiz Edson FACHIN comenta: "A separação de fato traz uma consequência prática inte- ressante quanto à verossimilhança da presunção pater is est. Esta presunção é fundada num juízo de possibilidade razoável. Pai do filho, tido pela mulher casada, é o marido. Esta presunção, que não é nem juris tantum nem juris et de iure, é intermédia ou mista que

30 CAHALI, Yussef Said. Divórcio e separação, p. 725.

F S ir p da tu de ca Ha ma der tro

enu tive

211 F

214

A

se assenta em duas outras presunções: presunção de coabitação e presunção da concepção. Se eles estão separados de fato, não há como sustentar a base de probabilidade de que o marido seja pai do filho da mulher com a qual está formalmente casado."

Da mesma forma que, em relação ao companheirismo, é neces- sária a presença de determinados requisitos, de natureza objetiva e subjetiva, para a configuração da separação de fato como hábil a produzir determinadas conseqüências jurídicas que, a princípio, somente a dissolução da sociedade conjugal seria o instrumento idôneo. Com efeito, a própria possibilidade do divórcio direto, pelo simples fato da separação de fato do casal por dois anos,

não necessa- riamente se verificará em determinados contextos, como já foi percebido pela doutrina: "Não será toda e qualquer situação de separação fática a ensejar pedido de divórcio. Indispensável que o afastamento dos cônjuges denote rompimento da affectio societatis, como resultado de dificuldades de convivência (não importa a causa), de sorte a reclamar o divórcio como remédio para o desacreditado casamento, "214 Há situações de rompimento da convivência, em que o elemento anímico que fundamentou a consti- tuição e a própria mantença da união continua presente, não ensejando, portanto, qualquer consideração acerca da separação de fato. Veja, por exemplo, os casos de internamento de um dos cônjuges por motivo de doença ou acidente, ainda que tal internação seja prolongada; os casos de afastamento por motivo de guerra ou viagens a serviço. Há determinados casais que, em homenagem a uma convivência mais salutar, optam por manterem residências diversas. "Certos casais modernos preferem esse comportamento a dois, e nem por isso deixam de preservar a união familiar, uma vez mantidos os encon- tros mínimos indispensáveis à coabitação... "215

Dentro da distinção entre características e requisitos, importante enunciar inicialmente as características da separação de fato: a) obje- tivo de dissolução da família matrimonial anteriormente formada (ainda

FACHIN, Luiz Edson, op. cit., pp. 182-183.

TAMORIM, Sebastião Luiz, op. cit., p. 81.

Ibid. p. 82.

a

que de um somente); b) instabilidade; e) continuidade; d) notoriedade; e) ausência de formalismo. E, como requisitos, mais uma vez, é relevante a distinção entre os requisitos objetivos e subjetivos. Assim, podem ser enumerados os requisitos indispensáveis à configuração da separação de fato: I) requisitos objetivos: a) a existência de casamento válido; b) ausência de óbice à dissolução da sociedade conjugal; c) superveniente falta de comunhão de vida; d) lapso temporal de separação fática; e) falta de justo motivo para a sepa- ração; II) requisitos subjetivos: a) intenção de não mais conviver (impossibilidade de reconstituição da vida em comum); b) ausência da affectio maritalis.

Como primeira característica, ou seja, o objetivo de desconsti- tuição da família matrimonial, deve-se atentar para a finalidade da separação de fato. A despeito de ainda não ter ocorrido a dissolução da sociedade conjugal por alguma circunstância (falta de tempo hábil, inexistência de causa específica para a separação judicial, ou mesmo por desinteresse de ambos),

constata-se que a separação de fato se deu diante da descoberta de que não há mais o desejo do casal compartilhar a mesma vida, não subsistindo qualquer motivo que os leve a continuar comungando de alegrias e tristezas, ou que dêem seguimento ao projeto familiar. Ao contrário: o objetivo é exatamente o de desfazer todos os planos anteriormente combinados, o de não prosseguir compartilhando as suas vidas e os seus sentimentos. Diante de tal aspecto, a família passou a ser dotada de instabilidade, como segunda característica da separação de fato. A união matrimonial se mostrou instável, não-sedimentada, hábil a ser dissolvida e, em certos casos, a fazer cessar determinados efeitos pessoais e/ou patrimoniais do casamento. Tal instabilidade deve ser, inexoravelmente, associada ao lapso temporal de separação de fato que, na hipótese, será o de pelo menos um ano, diante da regra da separação-falência atualmente estabelecer o prazo de um ano de separação de fato. A continuidade da não-convivência é a terceira característica, no sentido de não ter ocorrido a reconciliação, em nenhum momento, desde o início da separação de fato até a dissolução da sociedade conjugal. A respeito de tal característica, como sendo presente na separação de fato como autorizadora do divórcio direto, comentou-se: "Hão de ser 'conse-

DIR

cuta de sõe vide rup de SOCI mer ami de f vam a se sent ora. afast já se ação invál medi conju

o casa se co Poder anulá pedido que ho fatores ciment mento nheiril. do vín importa da soci

Ibid..

AMA

de;

1, 20 e e r E

cutivos, contínuos, sem interrupção, os dois anos de separação de fato, para ensejar pedido de divórcio. Não comportam suspen- sões pela temporária reconciliação do casal. O reatamento da vida em comum não provoca simples suspensão, mas a inter- rupção do prazo, que se há de contar ex novo 216 A separação de fato dos cônjuges deve ser notória, ou seja, ser reconhecida socialmente, mesmo que por um grupo restrito de pessoas, normal- mente aqueles que mantêm contato mais próximo por relações de amizade, parentesco, trabalho. Cuida-se de identificar a separação de fato por um grupo de pessoas, evitando, assim, prejuízo relati- vamente a terceiros (no campo pessoal e patrimonial). E, finalmente, a separação de fato é essencialmente uma situação informal, no sentido de não haver sido tomada qualquer providência formal, por ora, quanto à dissolução da sociedade conjugal. Logicamente, não

afastará a característica do informalismo a circunstância dos cônjuges já se encontrarem em litígio judicial, como, por exemplo, através de ação de alimentos, ou ação de guarda de filhos menores ou maiores inválidos. O informalismo está associado à inexistência de qualquer medida judicial relacionada diretamente à dissolução da sociedade conjugal, sequer em sede cautelar (separação de corpos).

No campo dos requisitos objetivos, inicialmente deve existir entre o casal um casamento válido, porquanto a separação de fato tende a se converter, no futuro, em uma separação judicial ou um divórcio. Poder-se-ia, também, cogitar dos casamentos (nulos) putativos e anuláveis, no período anterior à sentença judicial de procedência do pedido de declaração de nulidade ou de anulação do casamento, em que houve separação de fato, evidentemente se conjugado a outros fatores. O companheirismo, por exemplo, não permite o reconhe- cimento da separação de fato tal como se pode falar quanto ao casa- mento, já que ela já representa a própria dissolução da união compa- nheiril, diante da informalidade da constituição e da desconstituição do vínculo fundado na união estável. Como segundo requisito, importante se faz considerar a ausência de qualquer óbice à dissolução da sociedade conjugal. Veja, por exemplo, a chamada "cláusula de

1 Ibid., p. 82.

dureza", contida no art. 6º, da Lei n. 6.515/77, em que o juiz poderá negar a separação judicial se ela constituir causa de agravamento das condições pessoais ou da doença do outro cônjuge, ou ainda, se produzirem conseqüências morais de excepcional gravidade para os filhos menores. Assim, não sendo possível a separação judicial, logicamente a separação de fato não se configurará. Como terceiro requisito objetivo, sobressai a superveniente falta de comunhão de vida, sob os três aspectos, quais sejam, a ausência de comunhão espacial (residência sob o mesmo teto), de comunhão física (débito conjugal) e de comunhão financeira (prosperidade econômica). Não há mais comunhão de vida, de sentimentos e de bens entre o casal, e assim, conjugada aos demais requisitos, é de se reconhecer a separação de fato, sob o ângulo da separação fática de corpos. Outro requisito é o lapso temporal de separação fática que, de acordo com o sistema jurídico introduzido pela Lei n. 8.408/92, deve ser o de um ano de não-convivência ininterrupta, diante da possibilidade de obtenção da separação-falência após separação de fato por, pelo menos, um ano. E, como último requisito objetivo, deve ser observada a falta de justo motivo para a separação, como na hipótese de motivo de internação, de trabalho em viagem longa, de estudos, de guerras, por exemplo. Como requisitos subjetivos, podem ser citados a intenção de não mais conviver com o cônjuge (a impossibilidade de reconstituição da vida em comum) e a ausência de affectio maritalis. O elemento anímico de um dos cônjuges, no sentido de não mais pretender conviver com o outro é suficiente para o rompimento do elo existencial que até então existia. E, logicamente, a affectio se dissolve

diante do desapa- recimento do projeto familiar, eis que, como em um contrato, não basta a vontade de um só, mas sim a conjunção dos elementos volitivos dos interessados.

10.2. EFEITOS JURÍDICOS DA SEPARAÇÃO DE FATO

Tradicionalmente, no campo patrimonial, a sentença homolo- gatória do antigo desquite amigável retroagia, quanto à situação dos bens, fazendo com que o regime de bens fosse considerado extinto no momento do acordo de vontades, enquanto no desquite litigioso a comunhão de bens prosseguia até o trânsito em julgado da sentença

de procedência do pedido de dissolução da sociedade conjugal217 Com o advento da Lei n. 6.515/77, o seu art. 8° trouxe nova regra em matéria de separação judicial litigiosa, pois ao lado de estabelecer que o julgamento de procedência produzirá seus efeitos na data do trânsito em julgado, previu a retroatividade do julgado à data da decisão que tiver concedido separação cautelar. "Ora, o dispositivo não faz distinção entre os efeitos pessoais (cessação do dever de coabitação e fidelidade) e patrimoniais (término da sociedade conjugal, importando na partilha dos bens). "218 Assim, a regra relativa à eficácia ex nunc do julgamento de desconstituição da sociedade conjugal passou a ter uma exceção na hipótese de ter sido concedida separação cautelar. Daí a correta lição de Yussef Said CAHALI, ao concluir que "a teor do art. 8°, in fine, da Lei do Divórcio, não se comunicam os direitos e obrigações individual- mente contraídas pelos cônjuges e previamente separados, sob expectativa da sentença final de separação definitiva. "219 Assim, na segunda fase envolvendo o tema da dissolução da sociedade conju- gal, período de 1977 a 1988, houve essa importante alteração em matéria de produção dos efeitos da separação cautelar de corpos, principalmente no campo patrimonial. Contudo, formalmente a socie- dade conjugal, sem o trânsito em julgado sobre a separação judicial, ainda se mantém, inclusive quanto a certos efeitos, como por exemplo,

o de impedir a perda do nome de família do outro cônjuge. O patrimônio comum do casal, pois, deve ser considerado composto e definido quanto aos bens suscetíveis da partilha futura,

O assunto é bem desenvolvido por Yussef Said CAHALI: "Quanto aos bens que devem ser inventariados para constituir o acervo partilhado, a jurisprudência formada em torno do direito anterior assentara à base de acórdão do STF uma distinção fundamental: a sentença de homologação do desquite amigável, para fins patrimoniais, produziria efeitos ex tunc, a partir da manifestação do acordo de vontade; de modo que a partilha permaneceria inalterável ainda que em seguida aquele momento, antes da sentença homologatória ou na pendência do recurso então necessário, algum dos cônjuges viesse a receber herança ou adquirir bens (...); enquanto isso, no desquite litigioso, a sentença, sendo cons- titutiva em sentido amplo, expunha-se à regra geral no sentido de ter efeito apenas ex nunc, para a frente; de modo que

deveriam ser inventariados os bens comu- nicados até o momento de transitar em julgado a decisão que dissolvera a socie-

dade conjugal." (Divórcio e separação, pp. 804-805). CAHALI, op. cit., p. 806.

CAHALL, Yussef Said, op. cit., p. 806.

sob condição suspensiva do trânsito em julgado da separação, no momento da decisão que determinou a separação cautelar de corpos. A partir do texto constitucional de 1988, mormente da priorização dos valores existenciais em detrimento dos valores patrimoniais, principalmente em matéria de Direito de Família, e, com o advento da Lei n. 8.408/92 - que diminuiu o prazo da separação-falência para apenas um ano -, é fundamental que se reconheça que os bens adquiridos individualmente, a título oneroso ou gratuito, por um dos cônjuges não mais se comunique ao outro, sob condição suspensiva da dissolução da sociedade conjugal (por morte, separação judicial, divórcio ou mesmo invalidação do casamento). Trata-se de reler a normativa infraconstitucional, em especial a Lei n. 6.515/77, à luz dos novos princípios e valores constitucionais, especialmente aqueles que priorizam a valorização do ser, em detrimento do ter, diante dos fenômenos da repersonalização e despatrimonialização das relações familiares. Diversamente da separação de corpos, a separação de fato independe da iniciativa de instauração da lide processual (daí o informalismo), mas se submete à condição de suspensiva de futura dissolução da sociedade conjugal, sendo hipótese propriamente de condição (e não de termo, como se poderia supor), levando em conta a possibilidade do desaparecimento de um dos requisitos, objetivos ou subjetivos, para a configuração da separação de fato. Imagine-se, por exemplo, que o casal separado de fato reate o relacionamento, terminando com o período de separação física de corpos.

Desse modo, atualmente, a retroação dos efeitos de uma senten- ça que dissolve a sociedade conjugal à data do primeiro aniversário de separação de fato ou da decisão que concedeu a separação caute- lar de corpos significa que nesta época os efeitos pessoais entre os cônjuges e o próprio regime matrimonial de bens deixaram de existir. Não se trata sequer de inovação no Direito brasileiro, porquanto o Código Penal de 1940, já previa o perdão judicial no crime de adultério em caso de cessação da vida em comum dos cônjuges220, anteci-

Cuida-se do disposto no art. 240, § 4º, do Código Penal, que já mereceu o seguin te comentário: "admite-se o perdão judicial nos casos de separação de fate, a despeito de formalmente não ter ocorrido a cessação do dever de fidelidade reciproca." (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A familia no direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 161).

P P n re in n a Se de si do ec ob de de d

n. qu me ten SH juc atuu §1 sor efe de enu sepa defi

lidac

QUEIRA DA GAMA

paração, no de corpos. priorização trimoniais, o advento o-falência ue os bens or um dos uspensiva o judicial, de reler a 177, à luz te aqueles diante dos relações aração de ual (daí o de futura mente de em conta Objetivos agine-se, namento,

a senten- versário ño caute- entre os e existir. quanto o adultério anteci-

o seguin de fato, a fidelidade wito penal.

pando, portanto, o reconhecimento de que a separação de fato já permitiria algumas conseqüências análogas ao antigo desquite. A prosperidade econômica do casal é um dos aspectos inseridos

no contexto da coabitação, como dever recíproco dos cônjuges. Na eventualidade de não mais existir a coabitação de fato, presentes os requisitos antes elencados, em especial a separação física do casal, inexiste motivo para se presumir a conjugação de esforços e recursos na aquisição patrimonial, seja a que título for. Desfeita a coabitação ainda que somente no plano fático, a princípio houve a perda da affectio societatis, cuja presença era indispensável para justificar a comunhão de bens no casamento. Tal raciocínio está em perfeita sintonia com o sistema existente no Direito de Família brasileiro, diante da adoção dos mesmos postulados que levaram o Supremo Tribunal Federal a editar a Súmula n. 377, que trata da comunhão de aquestos no regime obrigatório de separação de bens, quando a aquisição se verificar em decorrência da comunhão de recursos e esforços dos cônjuges.

Ao cuidar da melhor interpretação do disposto no art. 8º, da Lei n. 6.515/77, Yussef CAHALI observa: "na interpretação lógica que o texto final do art. 8º da Lei do Divórcio permite, deu-se à medida cautelar de separação de corpos uma eficácia in fieri, de terminação da sociedade conjugal, condicionada, portanto, à subsistência da medida e à sentença definitiva de separação judicial; daí o efeito retroativo desta, no caso". 221 Pode-se afirmar, atualmente, que o art. 8º, da Lei n. 6.515/77, conjugado com o art. 5º, § 1º, da mesma lei, e do art. 226, §§ 3º e 6º, da Constituição Federal, somente pode ser interpretado no sentido de admitir a produção de efeitos idênticos entre a separação cautelar de corpos e a separação de fato dotada das características e com a presença dos requisitos enumerados, sendo que ambas as hipóteses separação cautelar e separação de fato - ficam sujeitas à condição suspensiva da sentença definitiva de separação judicial ou da ocorrência de alguma hipótese

de dissolução de sociedade conjugal, respectivamente. A jurisprudência mais atual vem reconhecendo a incomunicabi- lidade dos bens adquiridos por qualquer um dos cônjuges durante o

CAHALI, Yussef Said, op. cit., p. 810.

período de separação de fato prolongada, que precedeu à separação falência ou o divórcio direto. "A constância do casamento pressu põe, à evidência, a convivência dos consortes, o que no caso se rompera há muito. (...) Não se comunicam, portanto, os bens adquiridos por um dos cônjuges após longa separação de fato." Outro voto se mostra bastante atual e elucidativo sobre o tema: " Ora, se o decurso de tempo gerou para os cônjuges o direito de postular a decretação da ruptura do vínculo conjugal, de fato desfeito pela longa separação e manifesta impossibilidade de recon- ciliação, não se há falar em comunhão de bens onde tudo se rompeu: dever de fidelidade, affectio maritalis, vida em comum, respeito mútuo, criação da prole. O regime de bens é imutável sim. Mas, se o bem foi adquirido quando nada mais havia em comum entre o casal, repugna ao Direito e à Moral reconhecer comunhão apenas de bens e atribuir a metade desse bem ao outro cônjuge. "223

Desse modo, para evitar soluções injustas, prevenindo o enri- quecimento sem causa, além de e, principalmente, - cumprir os novos postulados da Constituição Federal de 1988, urge que se consi- dere que não estão sujeitos à partilha os bens adquiridos durante o período de separação de fato do casal, diante dos requisitos e caracte- rísticas enunciados.

Apesar de alcançar o mesmo efeito quanto à não-comunicação de bens durante o período de separação de fato, Yussef Said CAHALI

Trecho do voto do Ministro Barros MONTEIRO, do Superior Tribunal de Justi ça, no julgamento do Recurso Especial n. 86.302-Rio Grande do Sul, na condição de Relator do Julgado da Quarta Turma (publicado no DJ de 6.9.1999). Para corroborar seu raciocínio, o Relator complementou: "Além do mais, a pretensão à meação manifestada pelo ex-marido, em face das bases fáticas que emoldu raram o presente litigio, representaria sim verdadeiro enriquecimento injusto, conforme deixaram patente tanto o Acórdão da apelação como o "decisum" proferido em sede de embargos infringentes." Podem também ser citados como precedentes do Superior Tribunal de Justiça os seguintes julgamentos: Recurso Especial n. 60.820-1/RJ e Recurso Especial n. 127.077-ES, ambos relatados pelo Ministro Ruy Rosado de AGUIAR.

Acórdão publicado na RJTJSP 114/102, tendo como Relator o Desembargador Alves Braga, da 4a Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo (apud CAHALL, Yussef Said, op. cit., p. 813).

DIRE

apres igua rese prete Tal da c mer dad pró art. ao hor

AMA

o- 4- se 15 22 e

apresenta outra argumentação: "... melhor se atende ao princípio igualitário dos textos constitucionais estender-se o beneficio aos bens reservados do homem casado; e isto se permite através da inter- pretação sistemática da disciplina legal do regime de bens, ..."224 Tal raciocínio, no entanto, esbarra na consideração implícita acerca da continuidade do regime de bens no casamento apenas formal- mente mantido entre os cônjuges, não refletindo, dessa forma, a reali- dade sociofamiliar, há pelo menos um ano extinta. De outro lado, a própria subsistência do instituto do bem reservado, previsto no art. 246, do Código Civil, é de duvidosa constitucionalidade, por afronta ao disposto aos princípios e valores isonômicos reconhecidos entre homem e mulher, inclusive no bojo de uma relação conjugal.

CAHALL, Yussef Said, op. cit., p. 822.

11

EFEITOS DA DISSOLUÇÃO DA UNIÃO QUANTO AOS EX-CÔNJUGES

Além das mudanças operadas em matéria de separação de fato na união matrimonial, outro tema que merece análise sob a ótica civil-constitucional é aquele pertinente aos efeitos da dissolução, em vida, do casamento válido, ou em razão de separação judicial, ou por força do divórcio.

11.1. USO DO NOME DE CASADO

Há, de início, a questão do uso do nome adotado a partir do casamento celebrado. Atualmente, inexiste dúvida acerca da possi- bilidade do marido poder acrescer ao seu nome o patronímico da esposa, porquanto a regra contida no art. 240, parágrafo único, do Código Civil, que inicia o tratamento dos direitos e deveres da mulher, somente tem reconhecida a sua validade desde que reinterpretada à luz do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, que assegura a igualdade de direitos e deveres entre o marido e a esposa, no casamento. Assim, logicamente, os arts. 17, 18 e 25, todos da Lei n. 6.515/77, devem ser relidos para no lugar de "mulher", "ex-mulher", "marido" e "ex-mari- do" passar a constar "cônjuge" e "ex-cônjuge". Importante consignar que,

diversamente do período anterior ao advento da Lei n. 6.515/77, o acréscimo do patronímico do outro cônjuge é facultativo, devendo a opção ser manifestada no ato da celebração do casamento, passando a constar do assento "o nome, que passa a ter o cônjuge, em virtude do casamento", ", na redação constitucional-evolutiva do art. 70, § 8°,

da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973-a denominada Lei dos Registros Públicos. Evidentemente que, relativamente ao desejo de ambos adotarem o patronímico do outro, não será possível a retirada dos seus próprios patronímicos, sob pena a de desvirtuamento da própria regra que prevê a adoção dos apelidos de família do outro. A regra que admite a adoção do patronímico do outro tem como fundamento a comunhão de vidas e de sentimentos entre os cônjuges, inclusive para efeito de oponibilidade erga omnes, diante da fama decorrente do novo nome adotado, associado ao estado civil recém-adquirido de casado. Ora, se ambos os cônjuges optassem pelo patronímico do outro e, simultaneamente, retirassem os seus próprios, a regra norma- tiva não cumpriria o objetivo, daí a impossibilidade de tal ocorrência.

A princípio, duas regras são importantes no campo do uso do nome adotado com o casamento, no período pós-dissolução. A primeira é a de que, com a separação judicial, como ainda não houve dissolução do vínculo conjugal - mas apenas da sociedade -. o nome de casado deve permanecer 225. A segunda, relativamente ao divórcio, consiste na perda necessária do nome de casado, consi- derando a ruptura do vínculo do casamento.

Na separação consensual cabe aos cônjuges deliberarem sobre a perda ou continuidade do nome de casado, não sendo a perda desse nome um efeito necessário da sentença homologatória do acordo de separação. Em havendo opção pela conservação do nome de casado - ou mesmo no silêncio do acordo a respeito do tema, o ex-cônjuge que continuou com o direito de usar o nome de casado poderá renun- ciar a qualquer tempo a tal direito, aplicando-se, por analogia, o disposto no art. 18, da Lei n. 6.515/77226,

Relativamente à separação litigiosa, há regras próprias: a) nos termos do art. 17, caput, da Lei n. 6.515/77, o cônjuge vencido na ação de separação litigiosa voltará a usar o nome de solteiro; b) na

No mesmo sentido, a posição de Yussef Said CAHALI: "Em principio, desde que os cônjuges apenas separados judicialmente continuam vinculados pelo matri- mônio, a mulher conserva o nome do marido, sé perdendo por renúncia a seu libito, ou como penalidade imposta na sentença de separação." (op. cit., p. 728). 23 In verbis: "Art. 18. Vencedora na ação de separação judicial (art. 5º, caput), poderá a mulher (rectius: o cônjuge) renunciar, a qualquer momento, as direito de usar o nome do marido (rectius: outro)."

DIRET

dicção separa voltan art. 1 conser

de usc lidade a culp de sep de ser desejo pode e socied lei. "22"

C

único c perda qualque em dive indireto tambén razoabi divórcio mesmo das moc

"o legis mos, e c estabele

CAHAL In verba que a m matrimo cônjuge para a o dos fr decisão

DA GAMA

ei dos

ejo de

irada

ópria

ento

egra sive nte do a- a. o

de

dicção do § 1º, do mesmo art. 17, o cônjuge que teve a iniciativa da separação-falência ou separação-remédio perderá o nome de casado, voltando ao nome de solteiro; c) nos demais casos, com base no art. 17. § 2º, da Lei, caberá ao próprio interessado optar entre conservar ou renunciar ao direito de uso do nome de casado.

Não há divergência quanto ao fundamento da perda do direito de uso do nome de casado na hipótese da separação-sanção: pena- lidade que deve ser imposta pelo julgador na sentença que reconheça a culpa do apenado com a perda do nome de casado. Nas hipóteses de separação-falência e separação-remédio, a perda do direito decorre de ser o responsável pela iniciativa da separação: "desde que seu o desejo de ver judicialmente dissolvida a sociedade

conjugal, não pode ela ver preservado um direito que tinha como justo título a sociedade que, por interesse exclusivo seu, se desfez perante a lei. 227

Com o advento da Lei n. 8.408/92, que introduziu o parágrafo único do art. 25, da Lei n. 6.515/77228, a regra, com o divórcio, é a perda do direito de uso do nome de casado, desvinculando-se de qualquer idéia de culpa no contexto da conversão da separação judicial em divórcio. A despeito da regra ter sido inserida no âmbito do divórcio indireto (por conversão), logicamente há sentido em considerá-la também aplicável ao divórcio direto, diante da ausência de qualquer razoabilidade em se fazer distinção entre as duas modalidades de divórcio, a partir do texto constitucional de 1988, que as colocou no mesmo patamar, não podendo mais se falar em perenidade de uma das modalidades e temporariedade da outra. Como adverte a doutrina, "o legislador faz agora uma opção, ainda que definida em ter- mos, e de maneira prolixa, pelo entendimento minoritário anterior, estabelecendo de maneira expressa, como regra, a perda automá-

CAHALI, Yussef Said, op. cit., p. 733.

In verbis: "Art. 25. (...) Parágrafo único. A sentença de conversão determinará que a mulher (rectius: o cônjuge) volte a usar o nome que tinha antes de contrair matrimônio, só conservando o nome de família do ex-marido (rectius: do ex-

cônjuge) se a alteração prevista neste artigo acarretar: 1- evidente prejuízo para a sua identificação; II- manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida; III decisão judicial". dano grave reconhecido em

tica do patronímico do marido como conseqüência necessária do decreto de divórcio em qualquer de suas modalidades: pois, embora a determinação da lei tenha sido inserida em sede de conversão da separação judicial em divórcio (art. 25 e pará- grafo único), ninguém tem dúvida de que a nova regra tem aplica- bilidade inconteste em qualquer outra forma de divórcio (divórcio direto consensual e divórcio direto litigioso)229

Abordando o tema, Gustavo TEPEDINO questiona a constitu- cionalidade da regra contida no parágrafo único do art. 25, da Lei do Divórcio: "A perda do nome de família, portanto, no divórcio, a partir da Lei n. 8.408/92, desvincula-se da idéia de culpa, embora pudesse ser questionada a constitucionalidade da solução legal que, em última análise, viola o direito à identificação pessoal da mulher. Afinal, com o casamento, o nome de família integra-se à personalidade da mulher, não mais podendo ser considerado como nome apenas do marido. "230 O tema realmente é polêmico, considerando que se reconhecida a inconstitucionalidade do estabe- lecido no dispositivo introduzido pela Lei de 1992, os próprios arts. 17 e 18, da Lei n. 6.515/77, ao cuidarem de algumas hipóteses de perda do nome de casado, também podem

não ter sido recepcionados pela Constituição de 1988, e mesmo já eram inconstitucionais na vigência da Constituição de 1967, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 1/69. Sem ser conclusivo sobre a polêmica, questiono ainda se o direito ao nome, como atributo da personalidade de cada um, deve abranger o direito ao nome de casado? Sobre o tema, considerando que uma vez não é obrigatória a adoção do nome da família do outro cônjuge, tanto a aquisição quanto a perda do direito poderiam decorrer de determinados eventos previstos em lei, sem qualquer mácula à personalidade do ex-cônjuge.

Com o advento da Lei n. 8.408/92, no entanto, há que ser relido o disposto no art. 17, § 1º, da Lei n. 6.515/77, no que toca à separação- falência. A despeito de continuar sendo regra a perda do nome de casado relativamente ao cônjuge que tem a iniciativa da separação-

CAHALI, Yussef Said, op. cit., p. 1.305.

20 TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil, p. 375.

DIREITO

falência único, d judicial requere evident entre o ou hou que por aplicáv Lei n. direite expres

do dir da Lei que, n volta de ter tratan estado prime to jur Orlan nome viuve ção n deter disso

em s casar facul novo pela

23 GO

AMA

ria

is.

de o 1 a

falência, devem ser aplicadas as exceções previstas no parágrafo único, do art. 25, da Lei do Divórcio. Ou seja: nos casos de separação judicial requerida com base na separação de fato por um ano, o requerente não perderá o direito de uso do nome de casado se houver evidente prejuízo na sua identificação; se houver manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida; ou houver dano grave reconhecido em decisão judicial. Assim, ainda que por força do processo de integração analógica, deve-se considerar aplicável o disposto no art. 25, parágrafo único, incisos I, II e III, da Lei n. 6.515/77 na

separação-falência, cujo reflexo no campo do direito de uso do nome de casado é objeto de regulamentação expressa no art. 17, § 1º, da mesma lei.

Uma questão ainda remanesce relacionado ao tema da perda do direito de uso do nome de casada. Nos termos do art. 17, caput, da Lei n. 6.515/77, o cônjuge volta a usar o nome de solteiro. Ao passo que, na redação do art. 25, parágrafo único, da mesma lei, o cônjuge volta a usar o nome que tinha antes de contrair matrimônio. Cuida-se de tema controvertido, com evidentes repercussões práticas, em se tratando de pessoa que, ao se casar pela segunda vez, tinha antes o estado civil de viúva ou divorciada, mantendo o nome de casada do primeiro casamento. No período anterior à internação no ordenamen- to jurídico brasileiro da regra contida no art. 25, parágrafo único, Orlando GOMES comentava: "É lícito ainda que volte a usar o nome do matrimônio anterior, conservado por opção ou na viuvez. A hipótese não está prevista na lei, mas encontra solu- ção na regra de que a perda, ou a renúncia, do nome do marido determina a recuperação do nome que usava antes do casamento dissolvido. "231

Sob a égide da Lei n. 8.408/92, Yussef Said CAHALI se posiciona em sentido contrário: "... se a divorciada vier a contrair novo casamento, não tem sentido a manutenção em seu benefício da faculdade de continuar usando o nome do marido anterior; seu novo estado civil implica fazer-se substituir aquela faculdade pela de acrescer ao seu nome de solteira os apelidos do segundo

GOMES, Orlando. Direito de família, p. 246.

marido (art. 240 do CC). "232 Realmente, se o nome de família do cônjuge foi alvo de opção por ocasião do casamento, e mantido por ocasião do divórcio, dentro daquelas hipóteses excepcionais, não faz sentido a possibilidade de retorno ao nome usado no primeiro casa- mento, ao contrair novo casamento e adotar o patronímico do novo cônjuge. Ora, se existe regra, em matéria de assistência material, prevista no art. 29, da Lei n. 6.515/77, quanto à extinção do direito a alimentos em relação ao antigo cônjuge, diante de novo casamento, logicamente haverá também a extinção do direito ao uso do nome caso no segundo casamento se faça opção pela adoção do nome de família do novo cônjuge. Não há que se falar em efeito repristinatório, não sendo admissível nem sequer qualquer tipo de ressalva no acordo da primeira dissolução da sociedade conjugal em sentido contrário. Assim, perfeitamente correta a posição de CAHALI, em conformi- dade com os princípios e valores constitucionais que alicerçam o Direito de Família brasileiro na atualidade.

11.2. EXTINÇÃO DO REGIME DE BENS E PARTILHA

Outro efeito, desta feita no campo patrimonial, com a dissolução da sociedade conjugal, é o término do regime de bens, ainda que se admita, como visto, a antecipação desse efeito para o

momento da separação de fato ou separação cautelar de corpos. Os interesses patrimoniais, em matéria de regime de bens, cessam com a extinção da sociedade conjugal, nos termos do art. 3º, da Lei n. 6.515/77. A partilha de bens será necessária, em se tratando de regime comunitário, mas o regime de bens deixa de existir com a dissolução da união235

A partilha será deliberada judicialmente, por sentença em ação de inventário judicial, quando se verificar discordância do casal no tocante à divisão dos bens, devendo ser adotados os critérios aplicá- veis ao inventário por força de sucessão hereditária, em que se busca

CAHALI, Yussef Said, op. cit., p. 1.318.

Sobre o assunto, anota Yussef Said CAHALI: "... enquanto não realizada a partilha, subsiste de fato a sociedade conjugal no que concerne aos efeitos patrimoniais do casamento, em consonancia com o regime matrimonial de bens em extinção." (op. cit., p. 767).

DIRE

a ig forr post poss deli luça ex-c Civ ben COM visi pre em pro

sab qua mat ben No pos falê regr rem los SOCE

de re a com antea pare

C 215 N da fun dix

a igualdade nos quinhões atribuíveis aos beneficiários. Da mesma forma, é possível a sobrepartilha quando aparecerem novos bens posteriormente à deliberação definitiva sobre a partilha, não sendo possível a aplicação da pena civil de sonegados. Caso, na partilha, se delibere no sentido da manutenção de bens em comum após a disso- lução da sociedade conjugal, instaurar-se-á condomínio entre os ex-cônjuges, sujeitando-os à disciplina sobre o condomínio do Código Civil: "convencionando-se na partilha amigável o condomínio dos bens do casal, este passa a ser disciplinado segundo as regras comuns da copropriedade; assim, tratando-se de imóvel indi- visível, admite-se a alienação forçada de conformidade com o preceito do inciso II do art. 1.177 do Código de Processo Civil, em procedimento especial, sem necessidade de que a medida se processe nos autos do desquite, "234

Como regra, o motivo da separação judicial litigiosa, ou a respon- sabilidade do cônjuge que teve a iniciativa da separação, não tem qualquer influência na partilha de bens em razão da extinção do regime matrimonial comunitário, levando-se em conta apenas o regime de bens dissolvido e a disciplina processual de inventário e de partilha. No entanto, há a previsão no art.

5º, § 3º, da Lei n. 6.515/77, de uma possibilidade de adoção de outro critério, nos casos de separação- falência e de separação-remédio. Desse modo, de acordo com a regra legal, o cônjuge que não pediu a separação terá direito aos remanescentes dos bens que levou para o casamento, sem sujeitá- los à partilha, além da meação dos bens adquiridos na constância da sociedade conjugal, se o regime de bens assim o permitir 235.

Tal penalidade, à evidência, somente tem aplicação nos casos de regime de comunhão universal de bens que, de regra, permitiriam a constituição de um patrimônio comum incluindo os bens adquiridos anteriormente à celebração do casamento. Nos regimes de comunhão parcial e de separação de bens, os bens anteriores já não se comuni-

CAHALI, Yussef Said, op. cit., p. 778.

Na precisa observação de Yussef Said CAHALI, "este é o único caso de penali- dade com reflexo na partilha de bens, imposta ao demandante da separação fundada no art. 5", §§ 1º e 2", na sua condição presuntiva de responsável pela dissolução da sociedade conjugal." (op. cit., p. 844).

cavam, razão pela qual tal penalidade se restringe ao regime da comunhão universal de bens. Gustavo TEPEDINO e Yussef Said CAHALI sustentam a inocuidade do preceito ora comentado: "Ora, com as facilitações concedidas ao divórcio pela Constituição de 1988, completadas pela Lei 7.841/89, eliminada a figura do divórcio único, e possibilitado o divórcio direto em razão de simples separação de fato do casal após dois anos, iniciada esta sepa- ração de fato a qualquer tempo, a ação de separação judicial sem culpa do art. 5º, § 1º, tende a representar um instituto simplesmente histórico, pela opção natural do cônjuge separado pela dissolu- ção do vínculo matrimonial desde logo, conforme lhe é possibi- litado"236

Em se tratando de separação-falência - decorrente da sepa- ração de fato por um ano -, falta razoabilidade em se manter a regra do § 3º, do art. 5º, da Lei n. 6.515/77, porquanto inexiste regra idêntica relativamente ao divórcio direto baseado na separação de fato por dois anos. Se em relação ao divórcio - que produz efeitos de ruptura quase iguais aos da morte -, inexiste regra sancionadora ao requerente da ruptura fundada na separação fática, não há motivo para se manter tal penalidade na separação-falência. Nota-se, contudo, que a regra da reversão dos bens, a despeito do caráter de pena, estava principal- mente atrelada ao resguardo material necessário ao ex-cônjuge que não teve a iniciativa de requerer a separação litigiosa, sem culpa. Tanto é que tal regra nunca se aplicou no caso de separação-sanção. Remanesceria, tão-somente, a existência de tal regra no caso de separação-remédio - motivada por grave doença mental do cônjuge requerido, por cinco anos, sendo a enfermidade de cura improvável -, mas levando em conta que inexiste tal motivo a autorizar o divórcio direto, deve também ser considerado revogado implicitamente o disposto no art. 5º, § 3º, da Lei do Divórcio.

A regra contida no art. 31, da Lei n. 6.515/77, que expressa- mente prevê que não será decretado o divórcio se a sentença da separação judicial não tiver decidido sobre a partilha de bens, somente

CAHALI, Yussef Said, op. cit., p. 846. No mesmo sentido: TEPEDINO, Gustavo (op. cit., p. 373).

DI

ju ef

11

ex

CO

e

(α

m

di

do

qu

ca

ba do ag CC se Co pc se éti

237

IM

é aplicável ao divórcio por conversão. Quanto ao divórcio direto, a jurisprudência vem se orientando no sentido de que a partilha será efetuada em execução da sentença que decretou o divórcio237

11.3. ALIMENTOS

Outro tema bastante polêmico diz respeito aos alimentos entre ex-cônjuges. Nos termos do sistema introduzido pela Lei n. 6.515/77, com a separação judicial, há o rompimento dos deveres de coabitação e de fidelidade recíproca, havendo controvérsia acerca da manutenção (ou cessação) do dever de socorro, ínsito ao dever de assistência material. O art. 40, § 2º, inciso II, da Lei n. 6.515/77, dispõe que, no divórcio por mútuo consentimento, deve ser fixado o valor da pensão do cônjuge que dela necessitar para sua manutenção, com nítido caráter alimentar. O art. 26, da mesma lei, no entanto, deixa expresso que o dever de assistência não se perpetua com o divórcio, salvo nos casos de divórcio-falência e de divórcio-remédio.

Por sua vez, o art. 19, da Lei n. 6.515/77, ao estabelecer a regra básica, na separação litigiosa, sobre alimentos entre ex-cônjuges, adota o fundamento básico de tal relação alimentar, a culpa238. Ou seja: um dos cônjuges deverá prestar alimentos em favor do outro por ter sido o agente causador da ruptura da sociedade conjugal, diante do seu comportamento. Mas, ao lado da culpa do devedor de alimentos, faz- se necessário o reconhecimento da inocência do credor de alimentos. Contudo, em havendo acordo, tais critérios são desconsiderados, podendo ser pensionado aquele que teria sido o culpado pela separação, sob o fundamento da solidariedade resultante de dever ético advindo do vínculo familiar mantido. A noção de cônjuge respon-

Tal orientação encontra-se atualmente assente na Súmula 197, do Superior Tribunal de Justiça, com o seguinte teor. "O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens."

Ao tratar do tema, anota Yussef Said CAHALI: "Identifica-se, aqui, uma indeni- zação alimentar, uma obrigação em forma de alimentos criada por lei, mas de fundamentação indenitária do prejuízo resultante da extinção antecipada do dever de socorro, dever de que aquela obrigação de alimentos não seria propriamente o prolongamento, mas a substituição. "(op. cit., p. 864).

sável pela separação judicial abrange as três modalidades de separa- ção litigiosa, a saber, a separação-sanção (art. 5º, caput, Lei n. 6.515/77), a separação-falência (art. 5º, § 1º) e a separação-remédio (art. 5º § 2º): "em qualquer dos casos, tendo sido sua a responsabili dade pela separação judicial, esta responsabilidade se resolve na reparação a que tenda a prestação alimentícia do art. 19. 239

No sistema jurídico brasileiro, a despeito da culpa ter deixado de ser o único critério autorizador da dissolução da sociedade conjugal, é inegável que a noção de indenização alimentar ainda se faz presente, como forma de reparar o dano provocado com a dissolução da socie- dade

conjugal e que, logicamente, se manterá mesmo quando da conversão da separação em divórcio. Mas, em matéria de alimentos, a culpa/responsabilidade de um dos cônjuges na separação, e a inocên- cia/irresponsabilidade do outro, não são suficientes para alicerçar a relação jurídico-alimentar pós-dissolução da sociedade conjugal. É necessária a presença do binômio necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante. O art. 19, da Lei do Divórcio, expressa- mente faz referência à necessidade do cônjuge não-responsável pela separação judicial e, logicamente, tal critério deve ser conjugado com a possibilidade do cônjuge responsável.

Na separação litigiosa, sob um dos fundamentos do art. 5º, caput, da Lei n. 6.515/77, se ambos forem reconhecidos culpados - proce- dência dos pedidos da ação e da reconvenção, não haverá obrigação alimentar em decorrência da falta de inocente na separação judicial, ainda que um deles tenha necessidade, e o outro, possibilidade. Nada impede, no entanto, que na separação consensual, em que não investiga a responsabilidade pela separação, haja acordo estabelecendo a obrigação alimentar de um dos cônjuges em favor do outro.

Assentados os requisitos necessários para a instituição da obriga- ção alimentar, ou por força do acordo de separação amigável, ou em razão de imposição judicial na separação litigiosa, o ex-cônjuge, credor de alimentos, passa a ter direito de exigir o cumprimento da obrigação, mas tal direito poderá ser extinto em decorrência de algumas circuns- tâncias, normalmente associadas à conduta do próprio credor. Nos termos

CAHALI, Yussef Said, op. cit., p. 867.

C C a d d fa de m.

340

d

do art. 29, da Lei n. 6.515/77, o casamento superveniente do credor de alimentos extinguirá a obrigação alimentar do devedor. Tal regra decorre exatamente da substituição dos alimentos até então prestados pelo dever de assistência material que os novos cônjuges assumem a partir do casamento. Deve-se, atualmente, reconhecer que a consti- tuição de união estável entre o credor de alimentos e outra pessoa, também deverá ensejar a extinção da obrigação alimentar, diante da existência do dever recíproco de assistência material também entre companheiros, nos termos da Lei n. 9.278/96. Além do novo casa- mento ou companheirismo, também devem motivar a extinção da obrigação alimentar: o concubinato (no seu sentido estrito), a conduta irregular, a liberdade sexual desregrada e o comportamento sexual irregular
40

A respeito da possibilidade de renúncia a alimentos, através de acordo, em separação consensual, é conhecida a orientação da Súmula 379, do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que no acor- do de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais. O entendimento que prevaleceu foi no sentido da admissibilidade da dispensa do exercício do direito a alimentos, mas não a sua perda através da renúncia. Apesar dos cônjuges não serem parentes, o disposto no art. 404, do Código Civil, ao estabelecer a irrenunciabilidade dos alimentos entre parentes, também passou a ser considerado em favor dos cônjuges. "Com o advento do divórcio, não há como ser mantido o entendimento da Súmula 379 do STF. A dissolução do casamento e a possibilidade de as partes contraírem novo matrimônio, deixa indiscutível que o dever de assistência não

Tais causas de extinção do dever alimentar são apontadas por Yussef Said CAHALI:

"...embora considerada cônjuge inocente, a mulher não tem direito a pensão desde que, forçada pelas circunstâncias, passou a viver com outro homem, após a separação do casal; seria imoral que o ex-marido fosse obrigado a contribuir para a economia do concubinato; (...); em resumo, a mulher desquitada perde o direito a alimentos por parte do ex-cônjuge quando, após a dissolução da sociedade, pratica atos que, se ainda vigente a sociedade conjugal, autori- zariam o marido a propositura de ação de separação litigiosa." (op. cit., p. 907). Evidentemente que, nos termos dos principios e valores isonômicos, o mesmo deve ser aplicado em relação ao ex-marido como credor de alimentos, que também os perderá nas mesmas circunstâncias.

pode subsistir entre ex-cônjuges, como já afirmava a melhor doutrina cia, anteriormente mesmo ao estabeleci e a melhor jurisprudência, mento do divórcio a vínculo. Os alimentos só não são renunció veis entre parentes, valendo a renúncia entre marido e mulher na separação consensual. "241 A cláusula de renúncia ao direito a alimentos entre ex-cônjuges é perfeitamente legítima e lícita no ordenamento jurídico brasileiro.

O art. 26, da Lei n. 6.515/77, diante da nova sistemática do divórcio direto pós-Constituição de 1988, não foi integralmente recepcionado pela nova ordem jurídico-constitucional, o que se confirmou com a Lei n. 7.841/89, observando a possibilidade do divórcio litigioso ser pleiteado sem consideração atinente à responsa- bilidade de qualquer dos cônjuges. Contudo, desde que verificada uma das hipóteses que autorizam a aquisição do direito a alimentos, é perfeitamente possível que em ação autônoma, o cônjuge não- responsável pela ruptura do vínculo conjugal promova a demonstração da causa da dissolução da união, a fim de permitir a imposição de obrigação alimentar ao cônjuge responsável. Assim, a causa do divórcio não é relevante para sua decretação, mas pode ser investigada em ação diversa, para o fim de definir os efeitos do

divórcio no campo da responsabilidade alimentar. Sebastião Luiz AMORIM defende a possibilidade de discussão da culpa para determinados efeitos pós- dissolução, no bojo da própria ação de separação não fundada na culpa: "... se isso é verdadeiro em face do que determina a lei a respeito, esse fato não pode impedir que o juiz examine os motivos da separação para a apuração da culpa, se o exame desta for pedido para se aquilatar o direito ao recebimento de pensão alimen-

WALD, Arnoldo, op. cit., pp. 136-137. Tal orientação tem sido observada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica nos seguintes Julgados: RSTJ 29/446; Recurso Especial n. 17.719-BA, Rel. Ministro Eduardo RIBEIRO, j. 18.2.1992, pub. no DJ de 16.3.1992.

Em sentido contrário ao texto, veja a posição de Gustavo TEPEDINO: "sea unidade da família, à luz da Constituição, não mais se identifica com a unidade do casamento, não há como associar a aplicação de sanções atinentes a efeitos jurídicos existenciais alimentos, guarda de filhos, sobrenome da mulher - e mesmo patrimoniais divisão de bens à culpa pela ruptura do vinculo matri- monial." (op. cit., p. 384).

ticia, guarda dos filhos menores ou incapazes ou mesmo o direito de visita a estes, 243

O estabelecimento dos alimentos com base no salário mínimo tem sido aceito pela doutrina e pela jurisprudência, não afrontando o disposto no art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal, já que a verba alimentar visa atender as mesmas necessidades básicas expressas no referido dispositivo quanto à pessoa do trabalho e à sua família, ou seja, as necessidades vitais básicas: "Os alimentos prestados por quem tem capacidade e dever de provê-los aos seus dependentes carregam em sua natureza jurídica a função vital de sobrevivên- cia do ser humano, enquanto em processo de crescimento e de desenvolvimento físico e mental. Os alimentos também servem de suporte ao dependente que, embora civilmente capaz, ainda prossegue com os estudos de conclusão de sua formação"244. Desse modo, é perfeitamente lícito e constitucional a fixação dos alimentos com base no salário mínimo vigente 245.

Um dos pontos mais sensíveis, no campo dos efeitos da disso- lução da união conjugal e do estabelecimento de alimentos em favor de um dos ex-cônjuges diz respeito ao quantum da pensão alimentícia. Levantamento estatístico feito acerca da quantidade de julgados publi- cados em duas revistas jurídicas de ampla circulação demonstrou que a maioria das lides forenses em matéria de Direito de Família se referia à pretensão alimentar246.

AMORIM, Sebastião Luiz, op. cit., p. 88. Relativamente ao divórcio, comple- menta o autor: "... se uma pessoa pretende divorciar-se após dois anos de sepa- ração de fato, pode conseguir a ruptura do vínculo matrimonial apenas alegando esse acontecimento temporal. Entretanto, se pretende se exonerar do dever de assistência ao outro cônjuge, ou que este the pague

alimentos para si ou para os filhos, ou, ainda, que a guarda dos filhos menores ou incapazes the seja atribuída, poderá declinar as causas que levaram à separação do casal e solicitar que a culpa seja reconhecida para esses fins. O mesmo pode ser dito com

relação ao cônjuge do qual não partiu a iniciativa do divórcio." (op. cit., p. 89). MADALENO, Rolf. A disregard nos alimentos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim & LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito de família: aspectos constitucio- nais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 1999, p. 346.

No sentido do texto, Yussef Said CAHALI, op. cit., p. 894, com ampla citação juris- prudencial, incluindo Julgados do Supremo Tribunal Federal (JSTF 159/227, 187/263). A pesquisa foi elaborada e posteriormente divulgada, em termos estatísticos por Eduardo de Oliveira LEITE, após examinar os acórdãos publicados na Revista

O arbitramento dos alimentos segundo os parámetros do art. 400, do Código Civil, ou seja, na proporção das necessidades de alimentando e das possibilidades (recursos) do alimentante, quase sempre não representa a realidade das necessidades invocadas, ou provoca a inadimplência alimentar, ou ainda gera revisões maliciosas "A norma básica, de atendimento do binômio possibilidade do alimentante - necessidade do alimentando complementada pela utilização do critério de um percentual sobre a renda líquida do devedor - raramente permite una aplicação tranquila." Eduardo de Oliveira LEITE apresenta duas causas principais que determinam a ocorrência do problema: uma de ordem legal/jurisprudencial e outra de ordem cultural. Quanto à primeira, apresenta-se a questão da indefinição da regra do art. 400, do Código Civil que, "nada define nem indica qualquer parâmetro de fixação do quantum alimentí- cio "248. Como representativo de tal modelo equivocado, apresenta- se a situação envolvendo a busca de que o nível econômico de vida do credor de alimentos deva acompanhar a prosperidade econômico- financeira do devedor: assim, se o alimentante é promovido no seu emprego, ou se torna sócio de empresa altamente lucrativa que lhe transfere rendimentos, normalmente dentro da noção de proporção dos alimentos, tenta-se obter um aumento do quantum da pensão. "O encargo previsto na lei não equivale a uma participação nas riquezas e nos rendimentos do obrigado, especialmente se a condição econômica surgiu após a separação, sem que o alimentando tivesse contribuído para esta nova realidade "249. É assente na doutrina e na jurisprudência que as necessidades da esposa (e também dos filhos) devem ser avaliadas de acordo com o padrão de vida e com os hábitos condizentes com a sua condição social quando ainda se mantinha a sociedade conjugal, sob pena dos alimentos estimularem

DIRE

o pa foco porq deve vam dos

um pero den por hun sao a se. doi apc terg nec com rian dos obs das pes de

de

21

dos Tribunais e na Revista Forense, no período de 1962 a 1992 (O quantum da pensão alimentícia. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 771, ano 89, janeiro de 2000, p. 38).

ALIENDE, Aniceto Lopes. Questões sobre alimentos. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 1986, p. 19.

LEITE, Eduardo de Oliveira, O quantum... p. 39.

Ibid., p. 39.

o parasitismo, a ociosidade proposital do credor. A necessidade é o foco principal do arbitramento do valor da pensão alimentícia. Daí porque, da mesma forma, a constituição de uma nova família pelo devedor de alimentos, gerando maiores gastos e despesas comparati- vamente ao período imediatamente seguinte à dissolução da primeira união familiar, a princípio, não deve gerar qualquer alteração do valor dos alimentos prestados ao ex-cônjuge250,

Na prática jurisprudencial, adotou-se, em regra, a fixação de um parâmetro efetivo das necessidades do alimentando em um percentual sobre os rendimentos líquidos do alimentante, correspon- dendo, no caso de ser apenas o cônjuge, a um terço ou trinta e três por cento dos rendimentos líquidos. "Ora, a complexidade da vida humana e a enorme diversidade de situações socioeconômicas são, apenas, dois argumentos invocáveis, suficientes a destruir a "lógica" daquele pretenso raciocínio matemático. "251 Imagine- se, hipoteticamente, uma família matrimonial constituída pelo casal e dois filhos, que viviam com a totalidade dos rendimentos do marido, e após a ruptura do casamento o varão se obriga a pensionar com um terço dos seus rendimentos a ex-esposa e seus dois filhos (que perma- neceram com a mãe): obviamente, tal fixação não terá levado em conta as necessidades dos credores, limitando-se a estabelecer, arbitra- riamente, o quantum sem considerar a situação específica. O quantum dos alimentos deve se relacionar a elementos fáticos plausíveis e observáveis nas realidades familiares, inclusive através da demonstração das necessidades: "se a toda necessidade corresponde uma des- pesa, todos os pedidos de alimentos deveriam vir acompanhados de uma lista de despesas com os respectivos comprovantes. "252

As necessidades básicas de um ser humano variam em razão de uma série de fatores: idade, sexo, saúde, condição social, hábito,

CAHALI, Yussef Said, op. cit., p. 891.

LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit., p. 39.

tt Ibid., p. 40. E, o mesmo autor complementa: "Em caso de impossibilidade de apresentação de despesas o que de fato pode ocorrer, o advogado socorrer- se-ia de um valor médio, previamente fixado, por exemplo, pela Corregedoria da Justiça de cada Estado (considerando a imensidão do país e a variação regional de preços que caracteriza nossa realidade)." (p. 40).

etc. Tais necessidades estão intimamente relacidentegridade da pessoa, sua conservação e bem-estar, enfim, à sobrevivência digna representativas de direitos inerentes à personalidade. Se cada pessoов precisa morar, se vestir, se alimentar, estudar e trabalhar, é igual. mente verdade que as necessidades de uma pessoa não são iguais a de outra pessoa, assim como as opções que uma e outra farão para a satisfação de suas necessidades são também diversas em razão de sua idade, cultura e meio social. "253 Há, no entanto, condi ções de se buscarem parâmetros mínimos de referência para fixação do quantum da pensão alimentícia de forma a guiar os juízes na aferição das necessidades do credor, e na elaboração de um orçamento, Eduardo de Oliveira LEITE apresenta uma relação de dez itens que representam despesas fixas de um orçamento familiar de padrão normal: 1) habitação; 2) luz; 3) água; 4) alimentação; 5) educação; 6) transporte; 7) vestuário; 8) calçado; 9) saúde; 10) lazer. A despeito da possibilidade de variação dos valores em razão de dados locais, sociais, familiares, tais itens obrigatoriamente deverão estar presentes, minimamente, para aferição das necessidades do credor e, conse- qüentemente, possibilitar a fixação do valor dos alimentos. E, eviden- temente, em determinados itens, como vestuário e calçados, devem- se alcançar valores "médios" da despesa, utilizando-se o bom senso e a razoabilidade como princípios basilares na fixação dos valores devidos: "Assim, por exemplo, o valor médio de um par de tênis (tão invocado nas ações alimentares) deve ser estabelecido a partir da média entre o melhor e o pior, como, de resto, já vem afirmado na legislação civil brasileira, em matéria de direito obrigacional (o art. 875 do CC brasileiro dispõe no sentido de que o devedor 'não poderá dar a coisa pior, nem será obrigado a prestar a melhor')254

Na vigência do texto constitucional de 1988, não se mostra possível que os alimentos continuem a ser fixados de maneira aleató- ria, gerando uma série de controvérsias e demandas judiciais subse- qüentes à dissolução da união conjugal, sendo indispensável a

250 LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit., p. 42.

Ibid., p. 46.

MA

observância de princípios jurídicos básicos como a razoabilidade, o bom senso e a aferição das reais necessidades do credor da pensão. As relações jurídicas, incluindo aquelas decorrentes da dissolução da sociedade conjugal, devem se basear em princípios de boa-fé, transparência, isonomia, solidariedade, humanismo e autenticidade, dentro da nova ordem civil-constitucional, motivo pelo qual o tema relativo ao valor da pensão alimentícia em favor de ex-cônjuge está impregnado de tais princípios e valores. Para tanto, evidentemente levando em conta as nossas peculiaridades, devem ser adaptados determinados postulados do Direito alemão, como noticia Eduardo de Oliveira LEITE: a pensão em favor de ex-cônjuge, na Alemanha, somente se justifica quando não se verifique a presença de condições para o exercício de uma atividade profissional, quer por motivos decorrentes da educação de uma criança, quer em razão de idade ou doença255. Assim, os alimentos, na Alemanha, são devidos como forma de preservar o próprio credor de alimentos em suas necessidades vitais, diante da impossibilidade física de se automanter e, em caso de desemprego, os alimentos buscam proporcionar ao credor condições para sua reinserção no mercado de trabalho, com verbas específicas para uma formação, uma reciclagem ou mesmo uma alteração de trabalho. "O exemplo alemão vem imantado de significação porque não se preocupa só com o atender das neces- sidades presentes, mas visualiza, em manifesta tendência de acen- drada justiça, a autonomia de ambos os cônjuges. Credor e deve- dor, embora, inicialmente, vinculados à obrigação alimentar, tendem, a curto, ou médio prazo, a soluções definitivas, gera- doras da independência e autonomia fundamentais à dignidade da pessoa humana. Igualmente válidas porque, liberando o deve- dor da obrigação de pagar e o credor da obrigação de pedir, garante-

Sobre o tema, anota Eduardo de Oliveira LEITE: "... na Alemanha, como nos informa Holzhauer (...), a existência de uma pensão supõe que um dos cônjuges não tenha condições de exercer uma atividade profissional, quer por motivos decorrentes da educação de uma criança (§ 1.570), quer por motivo de idade 18 1.571), quer por razões de doença (§ 1.572). Paralelamente a estes casos, a legislação alemă prevê no § 1.573. 1. a hipótese de impossibilidade de exercer uma atividade pelo de o ex-cônjuge (credor) não encontrar trabalho, o que lhe garantiria o direito de pretender uma pensão alimenticia. "(op. cit., p. 48).

thes o retorno à normalidade da existência sem permanecerem atrelados a créditos e débitos. "250 Ainda sobre o tema atinente a alimentos no que toca à pessoa

do devedor, não há grandes dificuldades de verificação do requisito possibilidade (capacidade econômica) quando o alimentante é servidor público ou empregado de alguma empresa, já que através de informações do órgão pagador é possível saber exatamente os seus rendimentos, podendo o juiz determinar a incidência de desconto de certa percentagem sobre os seus rendimentos. "Em se tratando de devedor comerciante já se mostra prudente a promoção de perí cia nos livros contábeis, para pesquisa dos reais rendimentos do sócio da empresa. Já no exemplo do profissional autônomo ou liberal, tem auxiliado a teoria da aparência, quando os sinais exteriores de riqueza contrastam com a alegação de rentabilidade acanhada" 257 A boa-fé nas relações familiares e pós-dissolução da família é essencial, inclusive no campo alimentar, de ambos os pólos (tanto do credor, quanto do devedor de alimentos).

No campo do livre exercício de qualquer atividade econômica, as empresas devem ter objeto social lícito, não ofensivo à ordem pública e aos bons costumes. "Todos os sócios têm o dever de atuar nos limites da atividade social contratada, e cuidar para jamais operar e praticar atividades não compreendidas em seu objeto social, muito menos desbordar para atos ilícitos, contrários ou nocivos ao bem público, à segurança aos interesses do Estado e da coletividade. "258

"A personalidade jurídica precisa ser desconsiderada quando seus integrantes se escondem detrás da máscara jurídica, para atingir, pelo abuso de direito ou pela fraude, finalidades total-mente condenáveis e incompatíveis com o direito e com o objeto social, causando incontáveis prejuízos a terceiros"259. O sócio,

LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit., pp. 48-49,

251 MADALENO, Rolf, op. cit., p. 349.

25% MADALENO, Rolf, op. cit., p. 352. Mais adiante, o mesmo autor complementa

seu raciocínio, estatuindo que as sociedades têm personalidade distinta daquela dos seus sócios, mas aos sócios ou acionistas não é dado utilizar a pessoa jurídica como um instrumento para fins contrários à ordem pública.

MADALENO, Rolf, op. cit., p. 353.

DIRE

tam teres proi sent vel, sóci "va tári bus Dire

no serv juríe para fina disp desc pres ciai. busc jurie zaçã mes trata nistr cios para alim de p para

aplic

Ibis

Ibie

DA GAMA

ecerem

pessoa

uisito

vidor s de seus o de de eri. do Ou is de S

também devedor de uma obrigação assumida individualmente junto a terceiro, pode praticar fraude quando busca atingir um resultado proibido por lei, ou cuja manipulação termina por contrariar seu sentido normativo, frustrando o resultado previsto na lei. É possí- vel, ainda, a configuração do abuso do direito em relação à pessoa do sócio que excede os limites econômicos e sociais da pessoa jurídica, "valendo-se da fraude à boa-fé e do desvio da finalidade socie- tária para manipular direito de outrem em beneficio próprio, buscando livrar-se de obrigações legais, como pode suceder no Direito de Família, na fuga ao dever de prestar alimentos "260.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, edificada no Direito Comparado, foi transportada para o Direito brasileiro, e serve para reprimir práticas abusivas e ilícitas através da pessoa jurídica. Se a empresa foi e vem sendo utilizada como instrumento para encobrir a responsabilidade pessoal de um dos sócios, com finalidade de prejudicar seu credor individual, sendo que tal sócio não dispõe de patrimônio ou lastro capaz de garantir a obrigação assumida, descortina-se o véu societário para afastar a fraude ou o abuso, "em prestígio da regularidade e da segurança das práticas comer- ciais, e de igual proteção de terceiros que se vêem impedidos de buscar seus direitos pela superada sacralização da personalidade jurídica, relativizada pelo recurso à teoria da sua despersonali- zação "261. No campo do direito alimentar entre ex-cônjuges (ou mesmo em favor dos filhos menores ou maiores inválidos), em se tratando de devedor de alimentos na qualidade de sócio, diretor, admi- nistrador ou mesmo acionista da empresa, são inimagináveis os artifí- cios que podem ser empregados, através da utilização da empresa, para o fim de impedir o arbitramento regular e correto do valor dos alimentos (diante da aparente falta ou insuficiência de possibilidade de prestar a pensão), ou para deixar de pagar a pensão, ou mesmo para pleitear a redução do quantum arbitrado.

Com muito mais razão do que em qualquer outra área, deve-se aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica da

Ibid., p. 354.

Ibid., p. 354.

empresa quando a fraude procurada perpetrar, ou o ato abusivo praticado sob o manto societário, busca atingir direito vinculado à própria sobrevivência da pessoa do credor de alimentos, ferindo a dignidade da pessoa humana, como ocorre em matéria de alimentos, direito essencial à vida e à subsistência do alimentando. Nas precisas palavras de Rolf MADALENO, "é ampla e produtiva a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito de Família, principalmente frente à diuturna constatação de o cônjuge empresário esconder-se sob as vestes da sociedade mercan- til nas demandas conjugais. Sob o manto da personalidade jurídica, verificam-se constantes fraudes à partilha patrimonial, no casamento e na união estável, assim como sob o véu socie- tário, oculta-se o empresário alimentante que tem tal obrigação com seus filhos, cônjuge ou companheiro, cujo credor não reúne recursos para prover sua subsistência pessoal"262.

Faz-se necessário, pois, revisitar o modelo de organização do sistema de alimentos entre cônjuges (ex-cônjuges) no Direito brasi- leiro, para cumprir o espírito da Constituição Federal de 1988, propor- cionando que as relações familiares e pós-familiares possam se basear nos valores existenciais, solidários, humanistas, em que a dignidade da pessoa humana se localize no ápice da pirâmide e, dentro desse contexto, a pensão alimentícia pode exercer importante função, sem fomentar o parasitismo, a ociosidade, favorecendo a reestruturação econômica dos ex-cônjuges que, em dado momento, formaram uma família como instrumento para a realização dos seus integrantes.

20 MADALENO, Rolf, op. cit., pp. 355-356. Complementa o autor: "A teoria da despersonalização da pessoa jurídica tem sido aplicada nas relações de Direito de Trabalho. Para o empregado, o salário destina-se à sua manutenção e ao sustento da sua família, em identidade de principio que inspira as demandas alimentícias, pois salário e pensão garantem a sobrevivência, protegem e hipossuficiente. No Direito do Trabalho, os instrumentos jurídicos são combi- nados e utilizados para evitar que a manipulação da pessoa jurídica, com sucessão de sócios e sociedades, se torne um nota de fuga dos vínculos traba- Ihistas de nítida natureza alimentar. Nos compromisso alimentar decorrente do parentesco e das relações afetivas oriundas do casamento ou da união estável. também deve ser quebrada esta rigidez da separação entre pessoa jurídica e pessoa fisica de seus componentes, nos casos relacionados

com obrigação alimentar "(op. cit., p. 356). Ou seja: no Direito de Família, verificados os pressupostos necessários, tal postura também deve ser adotada.

fra ma de

11

çã de Inc hu cia ne no exp de cri rel

evi ao lesa do pes pap de r liare obse exer novo diale

GO de M

O significado da dissolução da união conjugal não deve representar o fracasso, a ruptura negativa do relacionamento entre os ex-cônjuges, mas sim a abertura de novas possibilidades, do redimensionamento de seus sentimentos, para permitir a reconstrução de suas vidas.

11.4. RESPONSABILIDADE CIVIL

Assunto bastante atual, relacionado às repercussões da dissolu- ção da união conjugal, é o da responsabilidade civil em decorrência de dano material ou imaterial no que pertine a um dos ex-cônjuges. Indubitavelmente a família é o espaço privilegiado, nas relações humanas, propício para o aparecimento e desenvolvimento das poten- cialidades de seus integrantes no campo social e afetivo: "contudo, nela também é possível verificar que muitos comportamentos são nocivos a tal propósito. "263 Desde a Constituição de 1988, há norma expressa, contida no § 8°, do art. 226, que prevê a prestação estatal de assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Diante da regra constitucional constante do art. 226, § 8°, parece evidente que o ordenamento jurídico brasileiro expressamente acolheu a orientação doutrinária no sentido de permitir a qualquer familiar lesado, moral ou materialmente, por outro, a indenização decorrente do dano sofrido. Na condição de lugar propício para a promoção da pessoa humana, dignificando-a, a família nem sempre cumpre o seu papel constitucional, daí a necessidade da intervenção estatal através de mecanismos de assistência e de recuperação das relações fami- liares. Nesse sentido, relativamente às crianças e aos adolescentes, observa-se o perfil do Estatuto da Criança e do Adolescente como exemplo modelar do cumprimento, em nível infraconstitucional, dos novos postulados constitucionais. "Expressando um verdadeiro jogo dialético, é possível que as relações familiares acabem por deter-

GONÇALVES, Edvaldo Sapia. O dano moral nas relações familiares. In: Revista de Eventos do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Estadual de Maringá. Maringá: Curso de Mestrado em Direito da Universidade Estadual de Maringá, ano 11. n. 1. 1999, p. 181.

minar a deformação estrutural do drama existencial do indivi- duo 24. A previsão a respeito de determinadas conseqüências decor- rentes da dissolução da sociedade conjugal, como a cessação dos deveres matrimoniais, a imposição de obrigação alimentar, a partilha de bens, a guarda de filhos, o direito de visitas, não se relaciona à prática de determinadas condutas ilícitas, causadoras de repercussões lesivas tanto no campo patrimonial (danos corpóreos ou mesmo no patrimônio do ofendido), quanto no campo extrapatrimonial (existencial, psíquico, imaterial).

Como leciona Yussef Said CAHALI, "a agressão física acar- reta ao injustamente agredido um dano moral, aliás, muito mais relevante em se tratando de agressão de um cônjuge contra o outro. E esse dano moral impende seja ressarcido. "265 Considerando a presença de novos modelos de família, reconhecidos em nível consti- tucional, todos eles encaixados na nova tábua de valores introduzida com as mudanças que se operaram na sociedade e no próprio Direito de Família, é imperioso que se conclua que "se abriu espaço para o afeto nas relações familiares, fazendo com que a noção jurídica de família compreenda a de uma comunidade de afeto e entre- ajuda. "266 Logicamente que o desaparecimento da affectio nas relações familiares tenderá a produzir consequências que, em certas circunstâncias, se mostrem maléficas para alguns de seus integrantes e, logicamente, conduzirá à sua extinção.

Não há, na legislação infra-constitucional, disposição similar à regra contida no art. 266, do Código Civil francês 267, que reconhece a possibilidade do surgimento da obrigação de reparar o dano causado ao ex-cônjuge. Contudo, a partir da própria regra genérica contida no art. 159, do Código Civil brasileiro, reinterpretada no campo do

Ibid., p. 181.

CAHALI, Yussef Said. Divórcio e separação, p. 853.

* GONÇALVES, Edvaldo Sapia, op. cit., p. 183. E, complementa o autor: "A fami- lia passou a ser reconhecida como um lugar onde a vida deve ser compar- tilhada e a dignidade humana enaltecida."

Na redação dada pela Lei n. 75-617, de 11.7.1975: "quand le divorce est pro- noncé aux torts exclusifs de l'un des époux, celui-ci peut être condamné à les dommages-intérêts en réparation du préjudice matériel ou moral que la disso- lution du mariage fait subir à son conjuoint",

Direito de Família à luz da Constituição Federal de 1988-incluindo o § 8º, do art. 226, é de se afirmar no sentido da presença da responsabilidade civil entre cônjuges (ou ex-cônjuges). A regra constitucional abrange tanto a violência no âmbito das relações conju- gais e companheiris, bem como as agressões entre parentes, com destaque negativo para a violência contra as crianças e os adoles- centes. Tal violência pode ser tanto física (material) quanto moral (psíquica, imaterial). Condutas tais como abuso sexual, maus-tratos, aborto provocado pelas agressões, lesões corporais, constrangimento ilegal, cárcere privado, muitas delas tipificadas no âmbito do Direito Penal, merecem a repulsa do contexto da organização familiar, tendo o Poder Público importante papel nessa área, conforme deixa claro o texto constitucional não apenas como agente repressor, mas também agindo preventivamente.

1

Da mesma forma, se afigura o estágio atual em matéria de violência doméstica contra crianças e adolescentes. Há determinados traumas ocasionados na mais tenra idade que, na maior parte dos casos, acompanharão tais pessoas durante toda a vida, conduzindo, provavelmente, à constituição de novas famílias que poderão sofrer seqüelas dos danos psíquicos sofridos há décadas. No caso das grávidas, a falta de cuidado com a vida intra-uterina poderá implicar, no futuro, deformações, traumatismos, doenças comprometedoras do desenvolvimento físico e psíquico dos novos cidadãos, impondo ao Direito a previsão quanto à responsabilidade civil por danos sofridos pelo recém-nascido, muitos deles incalculáveis em termos monetários.

"O fundamento da responsabilidade do dano moral ocorri- do nas relações familiares está intimamente relacionado com os direitos da personalidade de cada membro da família, não sendo admissível que tais direitos sejam impunemente violados por outro integrante da mesma. "268 Contudo, é indispensável uma advertência: no âmbito das relações conjugais, companheiris e mesmo parentais, não será qualquer comportamento contrário à vida familiar que neces- sariamente conduzirá ao campo da responsabilidade civil. Na hipótese do casamento, não será qualquer grave violação aos deveres conjugais

GONÇALVES, Edvaldo Sapia, op. cit., p. 196.

que levará ao reconhecimento de indenização em favor do cônjuge inocente. Tal violação será motivadora da dissolução da sociedade conjugal, por certo, mas sem ter a conotação de ato ilícito tal como previsto no direito comum (art. 159, do Código Civil): "basta pensar nos deveres do art. 231 do Código Civil Brasileiro, notadamente os deveres de fidelidade reciproca e de coabitação, para se ter em conta que o comportamento contrário à vida conjugal, capaz de levar ao desenlace, não é suscetível de identificação objeti va com o ato ilícito a menos que se pretendesse, por absurdo. fixar um standard médio de performance sexual, ou um padrão ideal de fidelidade, cujo não atendimento pudesse ser conside- rado como ilícito. "269

Como bem ressaltou Edvaldo GONÇALVES, "é admissível que os familiares errem em suas relações, pois isso faz parte da falibilidade humana. Contudo, tal erro deve, necessariamente, ser considerado dentro de uma faixa tolerável. "270 No entanto, caracterizado o ato ilícito, a ação de reparação de danos é independente da ação que visa à dissolução da sociedade conjugal (separação judicial ou divórcio), sendo que os pedidos poderão ser formulados numa mesma demanda.

Como visto, os efeitos da dissolução da sociedade conjugal somente podem ser compreendidos no Direito de Família brasileiro com o fundamento de validade constitucional, o que, certamente, implica revisão de conceitos, princípios e valores. É de rigor o cumpri- mento da Constituição Federal de 1988, observando-se e assegurando- se a dignidade de cada um dos integrantes da família e daqueles que a desfizeram, bem como devem ser implementados os princípios de igualdade, liberdade, democracia e solidariedade inerentes às relações familiares contemporâneas. Mesmo com a ruptura da união entre os

TEPEDINO, Gustavo, Temas de direito civil, p. 379. GONÇALVES, Edvaldo Sapia, op. cit., p. 198. E, acrescenta posição de Décio Antônio ERPEN: "A indenização a título de dano moral inegavelmente existe. mas deve sofrer os temperos da lei e da vida. Sua incidência há que se dar numa faixa disa tolerável. Se o dano causado, injustamente a outrem, integra uma faixa da raptura das relações sadias, a reparação do mesmo não pode servir de motivo para se gerar mais uma expécie de desagregação social."

DIREITO D

cônjuges, família de tamentos os vincula rão de au do do ens cialidade

11.5. RI

A entre a indisper separaç monial A parti porque cessária em dive

A brado e si-, pa não ter divórci de casa no per importa a admi dê por marger é admi Para q faz a he do Min

C

não ap

cônjuges, situações jurídicas ainda se apresentam no contexto da família desfeita, e tais princípios devem continuar a nortear os compor- tamentos dos ex-cônjuges, pois, indubitavelmente, algo sempre os vinculará: uma história conjugal recheada de episódios que servi- rão de auxílio para os próximos relacionamentos pessoais no senti- do do engrandecimento e desenvolvimento de suas virtudes e poten- cialidades.

11.5. RECONCILIAÇÃO

A separação judicial, como já desenvolvida, é um meio termo entre a volta (reconciliação) e o desligamento (divórcio). Contudo, indispensável se faz lembrar que a separação judiciale, mesmo a separação de fato, contemporaneamente, põe fim ao regime matri- monial de bens que até então vigorava relativamente ao casal. A partilha, no entanto, pode ser realizada posteriormente, quer porque o casal pode se reconciliare, nesse caso, ela será desne- cessária, quer porque poderá haver a conversão da separação judicial em divórcio.

A reconciliação, no sistema brasileiro, é o acordo formal cele- brado entre os separados judicialmente - anteriormente casados entre si-, para restabelecimento da sociedade conjugal, desde que o vínculo não tenha sido rompido, ou seja, desde que não tenha ocorrido o divórcio. Através da reconciliação, o casal readquire o estado civil de casado, retomando o curso da relação conjugal, que ficara suspenso no período da separação judicial. No Direito brasileiro, dada a importância da reconciliação e dos seus efeitos, a legislação somente a admite pela via judicial, não sendo válido e admitido sequer que se dê por escritura pública. O art. 46, caput, da Lei n. 6.515/77, não dá margem a qualquer dúvida, ao estabelecer que a reconciliação somente é admitida mediante requerimento nos autos da separação judicial. Para que a reconciliação se aperfeiçoe e se torne eficaz, mister se faz a homologação judicial, após a oitiva obrigatória do representante do Ministério Público.

O divórcio, como modo de rompimento do vínculo conjugal - e não apenas da sociedade, não proporciona a reconciliação. Caso

os ex-cônjuges resolvam reatar o convívio em obediência ao regime formal do casamento, somente poderão fazê-lo mediante novo casa- mento, em que o anterior é totalmente estranho e irrelevante relativa- mente ao segundo casamento. Daí ser assente o entendimento de que os divorciados, se assim o desejarem, deverão contrair novo casamento.

Na separação judicial, a simples reconciliação de fato não propi- cia o restabelecimento da sociedade conjugal. A lei é peremptória ao exigir a forma rígida do requerimento judicial, sujeito à homologação, para fins de eficácia da reconciliação do casal. Desse modo, a reconciliação de fato dos ex-cônjuges somente enseja a instauração entre os ex-cônjuges de uma simples sociedade de fato, regendo-se os interesses patrimoniais recíprocos segundo a disciplina do Direito das Obrigações, não restabelecendo a sociedade conjugal dissolvida. Nas palavras de Yussef CAHALI, "cria-se uma situação anômala que não pode ser equiparada ao concubinato, pois este pressu- põe uma união estável do homem e da mulher não ligados pelo vínculo matrimonial. "271 Realmente, ainda que estejam presentes os requisitos objetivos e subjetivos envolvendo o companheirismo, os ex-cônjuges, ora separados judicialmente, não poderão ser conside- rados companheiros, não se submetendo às regras específicas aplicá- veis na hipótese de "união estável". Tal conclusão decorre da manu- tenção do vínculo matrimonial entre eles, pois seria suficiente apenas a reconciliação formal para o restabelecimento da sociedade conjugal, e também do impedimento a que a reconciliação de fato sirva de fraude à lei, permitindo, por exemplo, que o casal passe a adotar novo regime de bens, diverso daquele existente na constância da sociedade conjugal, e que possa vir a prejudicar terceiros, como

credores de qualquer um deles. Desse modo, na reconciliação de fato, deve incidir o enunciado da Súmula 380, do Supremo Tribunal Federal, com a exigência da colaboração direta de ambos os ex-cônjuges para a formação ou aumento de patrimônio desde a época da reconciliação. A contribuição

CAHALL, Yussef Said. Divórcio e separação, p. 722.

indireta, considerada suficiente no campo das relações patrimo- niais entre os companheiros no período anterior à edição da Lei n. 8.971/94 para fundamentar o partilhamento de bens entre os ex-companheiros, não pode ser aceita no caso da reconciliação de fato22

egime

casa-

ativa-

to de novo

propi-

ria ao

gação,

do, a

ração

do-se

ireito

vida.

mala

entes

10, Os

side-

essu- pelo olicá- manu- Denas ia da como

ugal,

a de

dotar

ciado

ia da

o ou

uição

Em sentido contrário ao texto, veja a posição de Yussef Said CAHALI: "Em verdade, a quase-esposa, no que se reconcilia de fato com o marido, merece um melhor tratamento que a concubina, sendo certo que também com relação a esta, a jurisprudência mais recente, na aplicação da Súmula 380, tem reconhecido na prestação de serviços domésticos (...). forma de colaboração indireta na formação ou melhoria do patrimonio comum." (op. cit., p. 723)

12

EFEITOS DA DISSOLUÇÃO DA UNIÃO CONJUGAL QUANTO AOS FILHOS

A partir da dissolução da sociedade conjugal, através da separação judicial, ou da própria ruptura do vínculo, com o divórcio, há efeitos jurídicos relativamente aos filhos menores e maiores, estes na condição de inválidos ou temporariamente impossibilitados de prover ao seu próprio sustento. Há situações, no entanto, em que alguns efeitos se verificam mesmo antes da dissolução da sociedade conjugal, daí a deliberação acerca de alimentos, ou sobre a guarda de filhos. Duas ordens de efeitos se afiguram bastante importantes sobre essa matéria, principalmente no período pós-Constituição Federal de 1988 e legislação subsequente - sem deixar de reconhecer a importância da Lei n. 6.515/77 que, sem dúvida, introduziu várias modificações são elas: a) os alimentos devidos aos filhos, pós-dissolu- ção da sociedade conjugal: b) o regime de guarda de filhos menores (ou maiores inválidos), relacionado ao direito de visitas.

Na estrutura codificada civilista, no âmbito dos deveres matrimo- niais encontram-se os deveres de guarda, sustento e educação, nos termos do art. 231, inciso IV. Evidentemente que tais deveres não se relacionam diretamente aos efeitos pessoais entre os cônjuges, mas nem por isso perdem a sua importância no contexto da relação conju- gal, diante dos reflexos que podem gerar no campo da união sexual, quando do cumprimento (ou não) destes deveres. Reconhecia-se, no entanto, que tais deveres não eram exclusivos dos pais casados, mas,

genericamente, de qualquer titular da autoridade parental, com base no art. 384, incisos I e II, do Código Civil: compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: 1- dirigir-lhes a criação e educa ção; II - tê-los em sua companhia e guarda. Diante da nova ordem jurídico-constitucional, o art. 229, da Lei Maior, expressamente consigna que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, prevendo logo em seguida e com forte carga solidarizante e humanista, o dever dos filhos maiores de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. O texto constitucional ganha importância, ao estabelecer tal regra, já que não distingue o tipo de relacionamento mantido entre os pais que gera tal vínculo fundado na solidariedade familiar, em estreita consonância com o preceito contido no art. 227, § 6º, do próprio texto constitucional, que proíbe qualquer tratamento ou designação discriminatórios

relativamente à espécie de relação paterno-materno-filial. Já na vigência da Constituição de 1988, a Lei n. 8.069/90- o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 22, também previu o dever dos pais de sustento, guarda e educação dos filhos menores. Mais recentemente, com o advento da Lei n. 9.278/96, em seu art. 2º, inciso III, foi previsto o dever dos pais, numa relação de companhei- rismo, de sustento, guarda e educação dos filhos comuns.

12.1. AUTORIDADE PARENTAL (PÁTRIO PODER)

Desde o conceito de pátrio poder de Lafayette PEREIRA, como sendo "o todo que resulta do conjuncto dos diversos direitos que a lei concede ao pai sobre a pessoa e bens do filho "274, até a noção de autoridade parental (ou poder parental) de Waldyr GRISARD FILHO como "o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, seja

Designação que substitui a tradicional expressão "pátrio poder", diante desta es tar impregnada de valores de dominação dos pais sobre seus filhos, o que não pode se conceber no mundo contemporâneo.

Apud GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 24.

DIREI

fisico ocore intern tutela filhos autor no ca exerc satish afeti repre finali

ora d titula como -eja na no Estat nova Atua embu ment autor de re adole GR igue do

"pátr

No

τένα

Cen

de

fisico, mental, moral, espiritual e social. "273, muitas transformações ocorreram na sociedade brasileira e na própria comunidade internacional, a motivarem a mudança do centro de

interesses tutelados, da pessoa dos pais (ou do pai-marido) para a pessoa dos filhos. Dentro da fenomenologia em matéria de Direito de Família, a autoridade parental está impregnada de deveres parentais não apenas no campo material, como principalmente no campo existencial. Para exercer regularmente tal poder-dever, impõe-se ainda aos pais satisfazerem outras necessidades dos filhos, notadamente de índole afetiva, já que as condutas previstas no art. 384, do Código Civil representam o mínimo, sem excluir outras que evidenciem aquela finalidade.

Nos termos do art. 15, da Lei n. 8.069/90, os filhos menores ora denominados normativamente de crianças e adolescentes -, são titulares de direitos, como o direito à liberdade, ao respeito, à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento, sendo sujeitos -e jamais objetos - de direitos civis, humanos e sociais assegurados na nova ordem civil-constitucional 276. Os arts. 16 a 18, do mesmo Estatuto, esmiuçam o conteúdo de tais direitos, dando conta de que a nova ordem inspira-se em uma uniforme concepção filhocentrista. Atualmente, derrubada a noção do pátrio poder da Roma Antiga, embuída de absolutismo, arbítrio, iniquidade, privilégio e, principal- mente, de dominação do pater sobre seus filhos, a significação da autoridade parental está atrelada ao sentido de proteção, de tutela, de resguardo, de respeito aos interesses e direitos das crianças e dos adolescentes, especialmente no âmbito do convívio familiar.

A respeito da terminologia empregada para designar o abolido "pátrio poder", de feição romana, várias denominações foram suge-

GRISARD FILHO, Waldyr, op. cit., p. 27.

No mesmo sentido do texto: "...na esteira de aplicação de um conceito de igualdade, passou-se a trabalhar também de forma diferenciada o direito/dever do 'pátrio poder' no direito de família. É que a Constituição Federal, ao confe- rir atenção especial à igualdade dos cônjuges na chefia da sociedade conjugal e as disciplinar sobre a igualdade entre filhos, permitiu maior intervenção posi- uva do Estado, instituinulo o dever de que seja assegurado à criança e ao adoles- cente, enquanto desfrutarem de tal condição etária, a possibilidade de usufruto de seus direitos fundamentais." (op. cit., pp. 30-31).

ridas pela doutrina: autoridade parental, poder paternal, poder de proteção, função paternal, poderes e deveres parentais Adotando a expressão autoridade parental, Eduardo de Oliveira LEITE justifica sua opção, com a qual concordamos: "na realidade, hoje é unânime o entendimento de que o pátrio poder é muito mais pátrio dever, mas não só “pátrio", na ótica do constituinte de 1988, mas sim "parental", isto é, dos pais, do marido e da mulher, igualados em direitos e deveres pelo art. 226, § 5º, da nova Constituição. "278 Acerca da natureza jurídica da autoridade parental, como bem acentua Waldyr GRISARD FILHO, é importante distinguir o

instituto quando visto em face do Estado e terceiros, e nas relações paterno-materno-filiais: "Em relação ao Estado e a terceiros, o pátrio poder é atribuído aos pais como um encargo (representação, administração dos bens, guarda), um officium, supervisionado pelo Estado, a fim de que, no seu exercício, sejam evitados abusos. (...) Nas relações pai-filho, sob outro enfoque, o pátrio poder é um conjunto incidível de poderes-deveres, que deve ser altruisticamente exercido pelos pais no interesse dos filhos, à vista de seu integral desenvolvimento, até que se bastem a si mesmos. São poderes (autoridade) aos quais correspondem deveres (obrigações) que o titular não pode deixar de cumprir, pois é de interesse público que os cumpra. "279 Constata-se, a partir de tais colocações, que a finalidade do instituto da autoridade parental é, substancialmente, a tutela dos interesses patrimoniais e, em especial, existenciais dos menores, os grande beneficiários do instituto.

Duas ordens de relações jurídicas se estabelecem, em decor- rência da autoridade parental: relações pessoais - pertinentes às pessoas dos filhos menores; relações patrimoniais - pertinentes aos bens dos filhos menores. De acordo com o art. 380, do Código Civil,

Por todos: GRISARD FILHO, Waldyr, op.cit., pp. 31-32. Ao comentar sobre a preferência de Luiz Edson Fachin sobre a expressão poderes e deveres parentais. observa o Waldyr GRISARD FILHO: pois na sociedade familiar. com a estrutura e composição atuais (família nuclear, de base igualitária), acentua-se. dentre outros princípios, o da correspectividade de direitos e deveres entre pais e

filhos. (p. 33). LEITE, Eduardo de Oliveira. Familias monoparentais, p. 192.

GRISARD FILHO, Waldyr, op. cit., p. 34.

P 51 e 3 te P P d S P j 0 e S e d in d ju C d UE do OL

at

201

na sua redação originária, a titularidade do "pátrio poder" cabia exclu- sivamente ao pai, admitindo-se, apenas a título excepcional, o exercicio de tal munus. Com o advento da Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, alterando a redação do art. 380, a mulher passou a ter a condição de colaboradora do marido no exercício da autoridade parental. O art. 381, do Código Civil, prevê a continuidade do "pátrio poder", mesmo com o desquite do casal, modificando-se apenas no que toca ao direito dos pais terem em sua companhia os filhos. Nos termos do art. 27, da Lei n. 6.515/77, estabeleceu-se regra peremptória quanto à não-alteração dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, mesmo com o divórcio. O Estatuto da Criança e do

Adolescente, em seu art. 21, em perfeita coerência com a nova ordem constitucional, prevê a autoridade parental em favor de ambos os pais, em plena igualdade de condições, com a possibilidade de recurso à autoridade judiciária em caso de divergência. "Dúvida, pois, não há, de que os dois genitores permanecem titulares da autoridade parental em relação a seus filhos e independente do rumo que tomar seu

casamento, "280 Na atualidade, portanto, inexiste possibilidade de qualquer sustentação acerca da manutenção da posição secundária da mãe em relação à autoridade parental, daí porque os arts. 380 e 381, ambos do Código Civil, devem ser relidos à luz da Constituição de 1988, inclusive quanto à exclusão da restrição contida no primeiro dos dispositivos "durante o casamento": "vale dizer, pai e mãe são, con- junta, igualitária e simultaneamente, os sujeitos ativos do exercí- cio do pátrio poder, como efeito da paternidade e da materni- dade, e não do matrimônio. "281 Há de se ressalvar, obviamente, situações em que a autoridade parental será titularizada apenas por um deles, em caso de monoparentalidade - falta de reconhecimento do filho por um dos pais - ou nas hipóteses de suspensão, impedimento ou destituição do "pátrio poder".

Nos termos do art. 384, do Código Civil, diversas são as atribuições dos pais, no exercício da autoridade parental, em relação

LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias monoparentais, p. 192.

GRISARD FILHO, Waldyr, op. cit., p. 37.

aos seus filhos. Basicamente, a doutrina divide tais atribuições em determinados grupos: a) atribuições de guarda, educação e correição (incisos I e II, do art. 384); b) atribuições de assistência e repre- sentação (inciso V, do art. 384); c) atribuições de vigilância e fisca- lização (incisos II e VI, do art. 384); d) outras atribuições, como conceder ou negar consentimento para casamento, nomear tutor nas circunstâncias legais. No que pertine a guarda, educação e correi- ção, observa-se que, diante do comando constitucional contido no art. 227, caput, são deveres da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente os direitos à convivência familiar e à educação. O filho menor deve ser criado e educado no ambiente familiar e ligado aos pais, em unidade de convivência, nos termos do art. 19, da Lei n. 8.069/90. A guarda se desdobra em vários segmentos, consistindo, ao mesmo tempo, num direito, como o de reter o filho no lar, conservando-o junto a si, o de reger sua conduta, o de reclamar de quem ilegalmente o detenha, o de proibir-lhe companhias nefastas e de freqüentar determinados lugares, e o de fixar-lhe residência e domicílio, e também num dever, como o de providenciar pela vida do filho, de velar por sua segurança e saúde e prover ao seu futuro. A guarda é uma das atribuições da autoridade parental, mas pode ser separada desta, na eventualidade de ser transferida a um terceiro, sem que haja perda do "pátrio poder". Nos

termos do art. 229, da Constituição Federal, a criação e a educação dos filhos são atribuições dos pais, "como dever precipuo voltado ao atendimento das neces- sidades materiais e morais do menor, intervindo o Estado para obrigá-los ao exercício desse dever"283. O alcance da noção de criação e educação deve ser a mais ampla possível, inclusive adotando como parâmetro o status econômico, religioso e social da família. Assim, tais atribuições se representam não só na instrução propria- mente dita, com o desenvolvimento da capacidade intelectual, da inteligência, e a transmissão de conhecimentos básicos para a vida em sociedade, mas também a educação, voltada ao desenvolvimento da pessoa do menor, preparo para o exercício da cidadania e qualifi- cação para o trabalho, criando e desenvolvendo as faculdades físicas,

GRISARD FILHO, Waldyr, op. cit., p. 38. Ibid., p. 38.

psíquica da Crian atribuiça dos filh promov limites contidas que cofb que os liberdac adolesc prevista de todos os a sa zante, v se restri parental

No

da incap coloca sc a atos pr arts. 5°, 6 do Adol compree de educa ção alim A repres sário, repre as re cia VI

P

psíquicas e espirituais dos filhos, nos termos do art. 53, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Atrelado à educação encontra-se a atribuição de correição e de disciplina. Os pais, na criação e educação des filhos, podem castigar moderadamente seus filhos, de modo a promover o desenvolvimento de suas potencialidades, impondo os limites necessários para o próprio convívio social. Diante das regras contidas na Constituição Federal, nos arts. 226, § 8°, e 227, caput, que coîbem, de forma absoluta, a violência doméstica, evidentemente que os castigos devem observar regras mínimas de resguardo à liberdade, ao respeito e, principalmente, à dignidade da criança e do adolescente, não sendo demais transcrever a regra expressamente prevista no art. 18, do Estatuto da Criança e do Adolescente: E dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo- os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrori- zante, vexatório ou constrangedor. Logicamente que tal dever não se restringe aos cidadãos que não sejam os titulares da autoridade parental, mas principalmente atinge os próprios pais.

No campo das atribuições de assistência e representação, diante da incapacidade civil dos filhos menores, o ordenamento jurídico os coloca sob proteção e orientação dos pais, para impedir que se submetam a atos prejudiciais a si mesmos e a seu patrimônio, nos termos dos arts. 5º, 6º, e 84, todos do Código Civil, 142, do Estatuto da Criança e do Adolescente e 8°, do Código de Processo Civil. "Na assistência, compreendem-se os aspectos morais, que se confundem com o dever de educação, e os aspectos materiais, enquanto se referem à obrigação alimentar, segundo a condição e a fortuna dos pais... "284 A representação, diante do aspecto protetivo, possuir caráter neces- sário, daí a própria sanção de nulidade para o caso de ausência de representação, além de ter caráter universal, porquanto abarca todas as relações jurídicas do menor. No contexto das atribuições de vigilân- cia e fiscalização, deve haver a preocupação dos pais com o desenvol- vimento da formação moral de seus filhos menores. Assim, os pais podem "proibir que os filhos mantenham relações com determi- nadas pessoas, que freqüentem certos ambientes, que participem

GRISARD FILHO, Waldyr, op. cit., p. 39.

de espetáculos inadequados, que tenham acesso a leitura imprópria à sua idade, Os pais podem vigiar a correspondência do menor, desde que observado o devido respeito que merece seu filho e o grau de maturidade, fixar-lhes diretrizes e planos, incluindo horários, para estudos, trabalho e lazer, bem como cuidar de sua saúde.

Como deveres correlatos dos filhos menores relativamente à autoridade parental, o art. 384, inciso VII, do Código Civil, prevê o dever de obediência e respeito em relação aos pais, pois no campo da convivência familiar é indispensável a harmonia e coerência interfamiliares ante o comando da família pertencer, igualmente, a ambos os pais, à vista dos novos princípios e valores da ordem civil- constitucional. A tutela dos interesses dos filhos menores passou a ser a principal função da autoridade parental, diante da mudança do eixo axiológico, principalmente a partir da Constituição Federal de 1988, bem compreendida no Estatuto da Criança e do Adolescente. Daí porque o próprio tema envolvendo a suspensão e perda da auto- ridade parental, no sistema codificado (arts. 394 e 395, do Código Civil), somente pode ser atualmente analisado sob o enfoque civil-constitu- cional, servindo a Lei n. 8.069/90 de regulamentação, em vários pontos, dos princípios e postulados da Constituição Federal de 1988286. Em conseqüência da maior valoração dos aspectos existenciais em compa- ração aos aspectos patrimoniais, o art. 23, do Estatuto da Criança e do Adolescente, consigna que a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspen- são do pátrio poder. Tal regra nada mais representa do que o acolhi- mento, em nível infraconstitucional, do redimensionamento das relações familiares a partir das transformações que se operaram na sociedade brasileira, devidamente resguardadas no texto constitucional.

285 Ibid., p. 40.

26 Veja o comentário de Gustavo TEPEDINO sobre o disposto no art. 161, § 2", do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê a oitiva do menor no caso em que o pedido de perda ou suspensão da autoridade parental pode implicar a alteração da guarda do filho: "O preceito determina, portanto, que se ouça o filho, a despeito de ser absolutamente incapaz, sempre que possível e razoável A possibilidade e a razoabilidade são, pois, os parâmetros do juiz ao se depa- rar com a necessidade de colher o depoimento do menor quanto do seu desti- no" (op. cit., p. 422).

12.2. F

C brasile compa por fo interes que s brasil arts. art. 2 guare inclu cont

elen

dos

ass

sur

con

na

Civ

fun

No

Cr

(ar

di

Su

fil CC re

DIREITO DE FAMILIA BRASILEIRO

12.2. PROTEÇÃO DO MENOR: A GUARDA

Como visto, a guarda dos filhos menores é tratada na legislação brasileira como dever comum dos pais - unidos em casamento, em companheirismo, em razão da convivência dos pais, e principalmente por força da autoridade parental, com objetivo de atender aos interesses da criança e do adolescente. Vários são os textos legislativos que se referem à guarda de menores no ordenamento jurídico brasileiro: arts. 231, inciso IV, e 384, inciso II, ambos do Código Civil; arts. 9º a 16, da Lei n. 6.515/77; arts. 33 a 35, da Lei n. 8.069/90; e art. 2º, inciso IV, da Lei n. 9.278/96. Tradicionalmente, a noção de guarda esteve atrelada à idéia de posse do menor, conforme se verifica inclusive no Estatuto da Criança e do Adolescente a partir da previsão contida no art. 33, § 10287

n e S コー i- es He

"A guarda não se define por si mesma, senão através dos elementos que a asseguram. Conectada ao pátrio-poder, através dos arts. 384, II, do Código Civil e 21 e 22 do ECA, com forte assento na idéia de posse, conforme o art. 33, § 1º do ECA, surge, através dos arts. 231, IV, e 379 a 383 do Código Civil, como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos, previsto no art. 384, II, do Código Civil, e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções paternas, elencadas no art. 384 do Código Civil."288 No entanto, de acordo com a própria previsão contida no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 33, § 2º), ou na Lei do Divórcio (art. 10, § 2º), é perfeitamente possível que ela seja deferida à pessoa diversa dos pais do menor, sem que ocorra necessariamente a suspensão ou perda da autoridade parental.

Importante, a esta altura, verificar o sistema da guarda dos filhos, no período pós-dissolução da sociedade conjugal. O sistema construído pela Lei n. 6.515/77, nessa matéria, pode ser assim resumido: a) no caso de dissolução consensual (art. 4º, da Lei),

In verbis: Art. 33. (...) § 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato. podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela « adoçãn, exceto no de adoção por estrangeiro. (grifos nossos).

GRISARD FILHO, Waldyt, op. cit., p. 47.

do

em

ar a vel.

observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre o guarda dos filhos (cf. art. 9º, da Lei e art. 1.121, inciso II, do Código de Processo Civil); b) nas hipóteses de dissolução não-consensual, o destino dos filhos menores obedecerá ao seguinte esquema: I) na dissolução via separação-sanção (art. 5º, caput), os filhos ficarão com o cônjuge que a ela não deu causa, nos termos do art. 10, caput, da Lei n. 6.515/77, sendo que se ambos foram responsáveis pela separação, os menores ficarão com a mãe a não ser que o juiz verifique que tal solução poderá ser prejudicial aos filhos (§ 1º, do art. 10), ou ficarão com pessoa notoriamente idônea da família quando o juiz constatar que nenhum dos pais tem condição de ficar com a guarda dos menores; II) na dissolução via separação-falência (art. 5º, § 1º), os filhos ficarão com o cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo da ruptura da vida em comum dos pais (art. 11); III) na hipótese de dissolução via separação-remédio (art. 5º, § 2º), os filhos ficarão com o cônjuge que tenha condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação (art. 12). Finalmente, o art. 13 deu poderes ao juiz de afastar as regras antes mencionadas sobre a guarda, poden- do estabelecer a guarda de maneira diversa, sempre a bem dos filhos, sempre que houver motivo grave. Ainda que não bastante desenvol- vida à época, a noção quanto à prioridade absoluta e integral da criança e do adolescente foi encampada pela Lei n. 6.515/77. Tanto assim o é que o art. 34, § 2º, da Lei n. 6.515/77, autorizou o magistrado a recusar homologação do acordo de separação consensual quando se demons- trar que a convenção celebrada entre os pais não preserva suficiente- mente os interesses dos filhos.

A guarda, como uma das atribuições da autoridade parental, é reconhecida como sendo atribuição dos pais, seja na constância ou não do casamento, ou de outra forma de conjugalidade, sobre a pessoa dos filhos enquanto incapazes. Como regra, a criança ou o adolescente deve ser criado e educado no seio da sua família, sendo que excepcio- nalmente, dá-se-lhe uma família substituta, que lhe permita a convi- vência familiar. A guarda apresenta-se como uma das modalidades legalmente previstas de colocação do menor em família substituta, nos termos do art. 28, do Estatuto da Criança e do Adolescente no âmbito da família substituta, o menor sujeito à guarda passa a ter a

C 1 G C 8 a C te

DA GAMA

s filhos

rocesso ino dos ção via cônjuge da Lei aração, que tal ficarão onstatar menores; ficarão ruptura solução Cônjuge dade de poderes poden- s filhos, esenvol- criança ssim o é recusar demons- ficiente-

xcepcio-

rental, é ância ou a pessoa olescente a convi- Halidades ubstituta, scente no

sa a ter a

assistência material, moral e educacional do guardião, nos termos do art. 33, § 3º, da Lei n. 8.069/90, conferindo ao detentor o direito de se opor a terceiros, inclusive aos pais. Contudo, diversamente do que ocorre com a tutela ou a adoção outras formas de colocação do menor em família substituta, na estrutura do Estatuto da Criança e do Adolescente -, a guarda não atinge a autoridade parental dos pais, razão pela qual estes continuam tendo o dever de assistência material via alimentos, caso haja necessidade do filho, a despeito da assistência prestada também pelo guardião. Relembre-se que o objetivo do Estatuto é proporcionar a maior proteção à criança e ao adolescente, e não o contrário, daí a permanência da responsabilidade dos pais em praticamente todos os deveres inerentes à autoridade parental, mesmo que desprovidos da guarda do filho. Com efeito, "as exigências do bem comum atribuíram aos pais novas funções na regência da pessoa dos filhos menores", daí a guarda não ser “da essência do pátrio poder, sendo apenas de sua natureza.(...) A guarda é dos elementos do pátrio poder o mais destacável, independentizando-se e ganhando desdobramento próprio "289. Interessante comparação foi feita por Yussef Said CAHALI entre a posse e o domínio, e a guarda e o pátrio poder: "Como a posse é o exercício de fato de alguns poderes inerentes ao domínio, mas com este não se confunde, a guarda de menor também é o exer- cício de fato de um dos atributos inerentes ao pátrio poder, mas não se confunde com este, podendo ambos, também aqui, serem exercidos concomitantemente por pessoas diversas; o exercício da posse não extingue o direito de propriedade, assim como a concessão da guarda a um dos genitores, ou terceiros, não extin- gue ou elimina o pátrio poder do outro"290.

O instituto da guarda, indubitavelmente, tem como fundamento a prevalência do interesse dos menores. "A guarda representa a convivência efetiva e diuturna dos pais com o menor sob o mesmo teto, assistindo-o material, moral e psiquicamente. "291 Na constân-

289 GRISARD FILHO, Waldyr, op. cit., p. 57.

290 Apud GRISARD FILHO, Waldyr, op. cit., p. 58.

291 GRISARD FILHO, Wadlyr, op. cit., p. 59.

cia da união entre os pais, não há disputa acerca da guarda de filhos menores, por se tratar de dever de ambos os pais, em plena igualdade de condições. A questão mais aflitiva surge com o aparecimento das primeiras rusgas entre os pais, conduzindo ao conflito conjugal que, em muitos casos, pode desaguar na dissolução da união. Tal dissolução inexoravelmente atinge os filhos de todas as idades, mas relativamente aos menores e aos maiores inválidos, os efeitos são mais drásticos e maléficos. "Para minorar os efeitos danosos que provoca, com a divisão das atribuições, já que os filhos não podem partir-se salomonicamente, os pais terão de limitar suas pretensões, repar- tindo o tempo, as atitudes, as atenções, os cuidados, 'como meio de sobrevivência da co-responsabilidade parental, como recurso extremo de permanência dos laços com o outro genitor, aquele que exerce o direito de visita", pois os filhos seguem sendo filhos e os pais sendo pais, portanto, a família segue existindo, como antes, alquebrada mas não destruída "292. Certamente, há a figura do ex-cônjuge - ex-marido, ex-esposa, atualmente com o estado civil de separados judicialmente ou divorciados -, mas não se conhece a figura do ex-genitor - ex-pai ou ex-mãe. Com base na nova ordem jurídico-constitucional, é imprescindível que a guarda dos filhos menores (e maiores inválidos) seja analisada com base no método interpretativo the best interest of the child, independentemente de regras herméticas, rígidas e autoritariamente preconcebidas, sem respaldo na realidade dos fatos. No bojo do texto constitucional, o art. 226, § 7°, expressamente prevê os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável em matéria de planejamento familiar, sendo imperioso que tais regras principiológicas tenham efetividade no mundo das coisas. Assim, deverá ser o interesse efetivo do menor, buscado em seu futuro, com o objetivo de protegê- lo e permitir o seu desenvolvimento a critério de decisão do juiz a respeito da guarda pós-dissolução da união. O ordenamento jurídico brasileiro, na esteira de outros no Direito Comparado, adotou tal critério, que pode ser pinçado da legislação infraconstitucional a partir

292 Ibid., pp. 60-61.

DIRE

do a époc exce mate socie

pare dian Lei a aut tradi geni assir relat conj conv relaç Dire do s do o a titi não Há, a dever torna enfei cônju estabe os fil

293 Sob pátr a gu lega 'pre men outre 294 GRIS

do art. 13, da Lei n. 6.515/77293. Nesse sentido, tal regra que, na época em que foi editada a Lei do Divórcio, deveria ser aplicada excepcionalmente, hoje representa a mais importante disposição em matéria de atribuição de guarda no período posterior à dissolução da sociedade conjugal.

A dissolução da sociedade conjugal não extingue a autoridade parental, conforme se observa no ordenamento jurídico brasileiro, diante do que dispõem os arts. 381, do Código Civil, 9º a 16 e 27, da Lei n. 6.515/77 e 21, da Lei n. 8.069/90. Apesar de não acabar com a autoridade parental de qualquer um dos pais, a dissolução da união tradicionalmente implica a atribuição da guarda a apenas um dos genitores, gerando a privação da guarda em relação ao outro. Há, por assim dizer, um enfraquecimento dos poderes paternos/maternos relativamente ao não-guardião: “quando perturbada a convivência conjugal, dá-se a cisão da guarda comum, passando os filhos a conviverem com um só dos genitores, que com eles exercerá uma relação mais estreita. Ao genitor que não exercerá a guarda, o Direito assegura a manutenção das relações paterno-filiais através do sistema de visitas e fiscalização, como limitações à guarda do outro. (...) A cisão da guarda não significa que os pais percam a titularidade da autoridade parental, pois o rompimento do casal não atinge os vínculos jurídicos existentes entre pais e filhos"294 Há, a partir da dissolução da união, uma distribuição dos direitos e deveres que compõem a autoridade parental entre os pais, porquanto torna-se impossível fisicamente o exercício conjunto das atribuições enfeixadas no "pátrio poder" diante da não-convivência entre os ex- cônjuges. Em virtude de tal circunstância, a Lei n. 6.515/77 estabeleceu, no seu art. 15, que os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo

293 Sobre o tema, veja o comentário de Waldyr GRISARD FILHO: "o legislador pátrio, na trilha do italiano, do francês, do alemão, do espanhol, para atribuir a guarda de filho menor a um ou a outro dos genitores, tomou como critério legal e universal o favor filial, ou seja, o interesse dos filhos, ao se referir a 'prejuízo de ordem moral', 'verificado que não devem permanecer', 'a bem do menor', isto

é, que os interesses dos filhos deve primar por cima de qualquer outro interesse, ou circunstância, do pai ou da mãe." (op. cit., p. 62). 24 GRISARD FILHO, Waldyr, op. cit., p. 81.

fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. Tal dispositivo explicita, na prática, a divisão de poderes e deveres que passa a existir na fase posterior à dissolução da união dos pais. Durante a união conjugal dos pais, no curso do casamento, a

autoridade parental e a própria guarda são atribuídas a ambos os pais, sendo que na eventualidade da falta ou impedimento de um deles, passará o outro a exercê-los com exclusividade. Em havendo divergência entre os pais quanto ao seu exercício da autoridade parental, qualquer um pode recorrer ao Poder Judiciário para ver dirimida a questão, sendo que em se constatando que "não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda à pessoa idônea estranha, sempre que houver motivos graves e a bem do menor, como prelecionam os arts. 10 e 13 da Lei do Divórcio, aplicáveis analogicamente às hipóteses de cisão da guarda independentemente da dissolução de socieda- de conjugal"295. Em caso de separação de fato dos pais, é imperioso que a guarda seja reconhecida em favor daquele que permaneceu com os filhos em sua companhia, diante da própria regra contida no art. 11, da Lei n. 6.515/77, por analogia, porquanto deixou de haver convivência entre os pais, e entre um deles e os filhos. Todavia, é possível que, em razão de várias circunstâncias, não atenda ao inte- resse do menor a situação fática que passou a existir e, assim, com base no art. 13, da Lei do Divórcio, aplicável via processo de integração analógica, poderá o outro pai obter contra o outro a guarda de filho, isto é, havendo motivos graves, mas não em razão de ação de busca e apreensão de filho menor. "Inclina-se a doutrina pela manutenção do status quo, enquanto não surgirem motivos que aconselhem a sua modificação". 296 No caso do companheirismo, em tema de guarda de filhos pós-ruptura da união dos pais, impõe-se a aplicação das mesmas regras previstas em matéria de dissolução da sociedade conjugal, colhendo-se a experiência de aplicação da Lei n. 6.515/77, porquanto as relações familiares travadas entre os

295 Ibid., p. 82.

29% Ibid., p. 83.

DIREIT

pais ex casam

ca, nã e deve é nece portant guardi guardi Daí a p os poc desigu com e genitor não ap direito com de ao dese que o r sua cor do "pát no cam do filho assume razão d art. 1.52

12.3. G

De

relação

297 No mes

à Lei m

de rupt

atinente

298 GRISAT

299 Ibid., p

GAMA

Tal

que

o, a

SOS um ndo ade ver em áo ver 10 ses da- OSO ceu no ver a, é nte- om de rda ção ela que mo, da

e-se

ção

e os

pais extramatrimoniais e seus filhos são as mesmas, havendo ou não casamento 297.

"A dissolução da sociedade conjugal, ou da sociedade fáti- ca, não dissolve a relação parental, cujos laços de afeto, direitos e deveres recíprocos subsistem, apenas modificados, tanto quanto é necessário para atender à separação dos pais" 298. Altera-se, portanto, o exercício da autoridade parental, já que enquanto o genitor- guardião conserva tal autoridade em toda a sua amplitude, o não- guardião sofre um enfraquecimento dos seus poderes parentais. Daí a precisa observação de Waldyr GRISARD FILHO: "Vale dizer: os poderes que passarão o deter cada um dos genitores são desiguais", ocorrendo uma “redistribuição dos papéis parentais, com evidente privação do essencial de suas prerrogativas ao genitor não-guardião”299. A guarda uniparental (ou exclusiva) é não apenas física, mas também jurídica, no sentido de abranger o direito de reger a vida do filho, dirigindo-lhe a criação e educação, com deliberação sobre as questões mais importantes que se refiram ao desenvolvimento físico, psíquico e existencial do menor, ao passo que o não-guardião passa a ter o direito de visitas, de ter o filho em sua companhia e o de fiscalizar o exercício das demais atribuições do "pátrio poder" do outro. O genitor guardião exercerá atribuições no campo patrimonial, incumbindo-se pela

administração dos bens do filho, nos termos do art. 385, do Código Civil, mas de outro lado assume deveres como o de reparar danos causados pelo filho em razão da denominada responsabilidade civil indireta, com base no art. 1.521, inciso I, do Código Civil.

12.3. GUARDA COMPARTILHADA

Dentro dos efeitos da dissolução da sociedade conjugal em relação à prole, surge o tema envolvendo a guarda compartilhada,

297 No mesmo sentido do texto é a posição de Waldyr GRISARD FILHO, ao se referir à Lei n. 9.278/96: "Não tendo sido regulamentado o destino dos filhos no caso de ruptura, impõe-se recomendar sejam aplicados por analogia os dispositivos

atinentes da Lei do Divórcio". (op. cit., p. 85). 28 GRISARD FILHO, Waldyr, op. cit., p. 88.

299 Ibid., p. 88.

principalmente a partir da Constituição Federal de 1988 e da Lei n. 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Duas conse- qüências relacionadas à prole seqüenciam o momento da dissolução da sociedade conjugal: a transformação da família matrimonial ou companheiril em uma família monoparental formada pelo guardião e seus filhos, e a revisão do exercício da autoridade parental, com atribuição de todos os poderes em favor do genitor que passa a ter a guarda exclusiva dos filhos, diminuindo os poderes do outro genitor: "Enquanto a família, legítima ou natural, permanece física e afeti- vamente unida, a criança desfruta de seus dois genitores. A ruptura conjugal cria a família monoparental e a autoridade parental, até então exercida pelo pai e pela mãe, acompanha a crise e se concen- tra em um só dos genitores, ficando o outro reduzido a um papel verdadeiramente secundário (visita, alimentos, fiscalização)"300.

No sistema construído normativamente em matéria de guarda, tanto no campo da filiação matrimonial quanto na filiação extrama- trimonial - com o reconhecimento do vínculo parental por ambos os pais, tradicionalmente o critério preponderante foi o de atribuir a guarda à mãe no caso de rompimento do convívio entre os pais desde que idônea, ela não fosse a única culpada -, conforme se verifica nos preceitos do art. 10, § 1º, da Lei n. 6.515/77 e do art. 16, do Decreto-lei n. 3.200/41301. Dentro de um contexto histórico-social em que o homem era o único provedor do sustento do lar, ao passo que a mulher cuidava tão-somente dos afazeres domésticos, além dos filhos, nada mais razoável que tais regras prevalecessem. Contudo, diante das mudanças operadas no meio social, com o desenvolvimento e equiparação entre os direitos dos homens e mulheres, as transforma- ções operadas na própria economia doméstica

em que o trabalho de um só é, na maioria das vezes, insuficiente para prover à subsistência familiar, a realidade familiar contemporânea é completamente diversa

300 GRISARD FILHO, Waldyr, op. cit., p. 103.

301 Com o seguinte teor: "Art. 16. O filho natural enquanto menor ficará sob o poder do genitor que o reconheceu e, se ambos o reconheceram, sob o poder da mãe, salvo de tal solução advier prejuízo ao menor." Tal norma mereceu o seguinte comentário de Waldyr GRISARD FILHO: "a norma parte de uma presunção que tem fundamento psicofisiológico, ao estimar que a mãe se encontra em posição mais adequada para criar e educar os filhos." (op. cit., p. 104).

DIRE

daqu ment quest a des tuiçã que r de ma da pa inclu

já que orden aos m subsis da gu pais, senter Há, se Jacque parent como deveri clara e exerce Mas, a Direito curador palavra delibera o restan pretérito os pais cente. A

302 GRIS 303 Apud

daquela existente trinta ou quarenta anos atrás. A mudança comporta- mental, no mundo contemporâneo, é de tal monta que há inúmeros questionamentos sobre o chamado instinto maternal e, analogamente, a descoberta do instinto paternal. Ora, ambos os pais, à luz da Consti- tuição Federal de 1988, independentemente do tipo de relacionamento que mantenham ou tenham mantido, assumem a autoridade parental de maneira igualitária, e nesse contexto, se submetem aos princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana, incluindo dos seus filhos.

A dissolução da sociedade conjugal atinge diretamente os filhos, já que altera a estrutura da família, produzindo efeitos de variadas ordens - como jurídicos, psicológicos, sociais, econômicos - em relação aos menores, tocando, portanto, na “organização de um dos seus subsistemas: o parental. Com ela surge o problema da atribuição da guarda: ao pai ou à mãe? (...) Ou decorre de acordo entre os pais, tida como a mais ideal, ou ela é atribuída a um deles por sentença, interferindo aí o judiciário no ambiente familiar. "302 Há, sem dúvida, necessidade de se levar em conta uma frase de Jacqueline Rubellin Devichi, segundo a qual a perenidade do casal parental deve sobreviver à fragilidade do casal conjugal 303. Os pais, como personagens protagonistas da história familiar, diariamente deveriam reavivar nos seus íntimos tal frase, separando, de maneira clara e evidente, os diversos papéis e funções que exercem ou que já exerceram nas suas relações conjugais, companheiris e parentais. Mas, além deles, é imprescindível que os profissionais na área do Direito, em especial os

advogados, os promotores de justiça, os curadores do vínculo, e, principalmente, os juízes - por força da sua palavra ser a última –, sejam sensíveis o suficiente para aferir que a deliberação sobre o destino da guarda de um menor refletirá em todo o restante de sua vida. Assim, mais importante do que acontecimentos pretéritos - muitas vezes envolvendo litígios, disputas, traumas entre os pais -, deve-se atentar para o futuro daquela criança ou adoles- cente. A Constituição Federal permite o alcance de tal conclusão, de

302 GRISARD FILHO, Waldyr, op. cit., p. 104. 303 Apud GRISARD FILHO, Waldyr, op. cit., 105.

maneira a priorizar o interesse do menor sujeito à guarda. Daí a correta observação de GRISARD FILHO: "Atualmente, procura- se estabelecer a co-responsabilidade parental, uma parceria que reaproxima, na ruptura, a situação precedente, para proteger o menor dos sentimentos de desamparo e incerteza, que lhe submete a desunião. "304

O modelo tradicional de guarda exclusiva, atribuída na maior parte das vezes à mãe, à evidência, se mostrou falho e insuficiente, na maior parte dos casos, para cumprir o papel parental no período pós-dissolução da sociedade conjugal, daí a procura de novas modalidades de guarda que possibilitem aos pais o exercício da autoridade parental em igualdade de condições, mesmo com o término da união. Dentro desse contexto, surgiram as seguintes modalidades: a) guarda alternada, ou seja, aquela em que cada um dos genitores detém a guarda do filho alternadamente, de acordo com um limite espaço-temporal preestabelecido, que pode se representar por um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, consequentemente, durante esse período de tempo, possui, de forma exclusiva, todos os poderes- deveres que integram a autoridade parental, sendo que ao fim do período ocorre uma inversão das atribuições 305; b) guarda dividida,

consistente na hipótese que "apresenta-se mais favorável ao menor, enquanto viver em um lar fixo, determinado, recebendo a visita periódica do genitor que não tem a guarda"306; c) guarda compar- tilhada (ou conjunta), ou seja o modelo que visa a permitir o exercício

304 GRISARD FILHO, Waldyr, op. cit., p. 105.

305 Nas palavras de Waldyr GRISARD FILHO, "enquanto um dos genitores exerce a guarda no período que lhe foi reservado, ao outro transfere-se o direito de visita. Ao cabo do período, independentemente de manifestação judicial, a criança faz o caminho de volta, do guardião ao visitador para, no tempo seguinte, inverterem-se os papéis. A guarda alternada, embora descontínua, não deixa de ser única." (op. cit., p. 106). Yussef Said CAHALI critica tal modalidade de guarda: "É inconveniente à boa formação da personalidade do filho, ficar

í a ra- que 0 ete

or te, do as da no es: es te m na se s- a, or, ta ar-

io

ce de a po ла, tal do ma,

20 io- S.

A modalidade de guarda compartilhada objetiva perpetuar a relação da criança ou adolescente com seus dois pais, no período posterior à dissolução da união conjugal, permitindo o resguardo do melhor interesse do menor, e assegurando a igualdade dos gêneros homem e mulher - no exercício da autoridade parental. "A guarda compartilhada, ou conjunta, é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. É um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conju- gal"307. Ou, ainda, na conceituação de Sérgio Eduardo NICK, "o termo guarda compartilhada ou guarda conjunta de menores ('joint custody', em inglês) refere-se à possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais. Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar deci- sões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos e freqüente- mente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única ('sole custody', em inglês). "308

Discute-se, em doutrina, a admissibilidade da guarda comparti- lhada no contexto do Direito brasileiro, levando em conta o sistema existente no campo da dissolução da sociedade conjugal, construído em cima da Lei n. 6.515/77. Para Guilherme STRENGER, "o direito positivo brasileiro, ao contrário de outros sistemas que são expres- sos, não estabelece qualquer regra a propósito, mas a doutrina e a jurisprudência podem suprir essa lacuna, uma vez que inexiste qualquer forma impeditiva. "309 No entanto, há sustentação teórico-dogmática, em profundo estudo do tema sob enfoque constitucional,

307 GRISARD FILHO, Waldyr, op. cit., p. 111. No mesmo sentido, veja a noção conceitual apresentada por Guilherme Gonçalves STRENGER: "... diríamos que a guarda em comum é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente esse desiderato" (Guarda de filhos. São Paulo: LTr,

1998, p. 71). 306 Apud GRISARD FILHO, Waldyr, op. cit., p. 112.

309 STRENGER, Guilherme Gonçalves, op. cit., p. 70.

apresentada por Waldyr GRISARD FILHO que comenta: "Embora não seja usual na prática forense, a guarda compartilhada mos- tra-se lícita e possível em nosso Direito, arrimada em dispositivos que lhe são francamente favoráveis: arts. 226, § 5º, e 229 da Cons- tituição Federal; art. 21 do ECA; art. 13 da Lei do Divórcio. "310 É ponto pacífico que a clássica e tradicional guarda exclusiva,

uniparental, não estimula os laços paterno-materno-filiais, sendo prejudicial aos menores. O modelo de guarda única, ou uniparental rompe o elemento convivência dos filhos com um dos seus genitores, normalmente o pai. Desse modo, o modelo de guarda compartilhada assume importante papel, tomando em consideração que estimula o convívio dos filhos com ambos os pais, já que "a guarda, enquanto manifestação operativa do pátrio poder, compreende a convivên- cia entre pais e filhos no mesmo local, a ampla comunicação entre eles (visitação), a vigilância, o controle, a correção, a assis- tência, o amparo, a fiscalização, o sustento, a direção, enfim, a presen- ça permanente no processo de integral formação do menor"311. Apesar de não estarem mais unidos na conjugalidade, os ex-cônjuges manterão um vínculo até o fim de suas vidas: a biparentalidade sobre os filhos comuns. E, o princípio da paternidade responsável e a observância da dignidade da pessoa dos seus filhos impõem o melhor cumprimento de suas funções de pai e de mãe voltado ao pleno desenvolvimento físico, psíquico e existencial dos menores. A respon- sabilidade é conjunta, e não de apenas um deles, daí porque o modelo uniparental de guarda não pode mais prevalecer, ao menos com a importância que lhe foi atribuída em outros tempos. Daí a necessidade da adoção de nova fórmula que permita o cumprimento do comando constitucional, repartindo eqüitativamente as atribuições no exercício da autoridade parental.

310 GRISARD FILHO, Waldyr, op. cit., p. 196. E, complementa: "Quando o mode- lo vigente não mais atende às expectativas sociais, quando a realidade coti- diana, ao outorgar sistematicamente a guarda única, nega o princípio consti- tucional da equitatividade no exercício da autoridade parental e à criança o di- reito a ter dois pais, é tempo de quebrar o gesso das estruturas moldadas à 311

exclusão de elementos estranhos ao seu objeto". GRISARD FILHO, Waldyr, op. cit., p. 127.

DIREITO

N de 1977 privileg com a autorid ainda s n. 6.51 menor atendê decorr

C

Estatu sua im que de tambe do tex cente a ex-côn cubind mesm dade d famili vários como art. 16 vida fa na sua privil

312 Ao C do fi reclo recip

direi

conc

com

volve

respo

"Embora ada mos- spositivos da Cons- Ercio. "310 xclusiva, 5, sendo parental nitores, tilhada mula o quanto vivên- cação assis- resen- "311 juges Sobre Lea Ihor Leno pon- Helo ma ade do cio

Não há dúvida que o modelo de atribuição de guarda no período de 1977 a 1988, em decorrência da dissolução da sociedade conjugal, privilegiou o modelo clássico, tradicional, com preocupação extremada com a pessoa do cônjuge inocente, para "preservá-lo" no tocante à autoridade parental sobre seus filhos. Contudo, a despeito do modelo ainda se ressentir de aspectos egoísticos e adultocentristas, a Lei n. 6.515/77 previu determinados critérios voltados aos interesses dos menores que poderiam servir para solucionar a questão de modo a atendê-los e, sob esse prisma, buscou conciliar os vários interesses decorrentes da ruptura.

Com o advento da Constituição de 1988, e, em seguida, com o Estatuto da Criança e do Adolescente, o modelo clássico perdeu a sua importância, diante do surgimento de outros princípios e valores que devem nortear as relações familiares, não apenas durante, mas também após a união conjugal. Além do disposto no art. 227, caput, do texto constitucional, que assegura o direito da criança e do adoles- cente à convivência familiar, há a previsão do dever dos pais - cônjuges, ex-cônjuges, companheiros, ex-companheiros, concubinos, ex-con- cubinos - de assistir, criar e educar os filhos menores no art. 229, do mesmo texto, e os princípios da paternidade responsável e da digni- dade das pessoas dos pais e dos filhos que devem nortear as relações familiares. No âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente, há vários outros preceitos que complementam tais normas constitucionais, como o art. 4º, que reassegura o direito à convivência familiar, o art. 16, inciso V, que assegura o direito à liberdade de participar da vida familiar312, e o art. 19, que prevê o direito a ser criado e educado na sua família, com direito à convivência familiar. "O Estatuto privilegiou o convívio da criança com seus pais e ressalta a

e- i- i- i- à

312 Ao cuidar do art. 16, do Estatuto da Criança e do Adolescente, em especial, do direito de opinião e expressão reconhecido ao menor, como um dos aspectos do conceito de liberdade, anota Gustavo TEPEDINO: "... pretendeu o legislador, com a inovação, inserir o filho, com os seus sentidos e personalidade em desen- volvimento, no cenário das decisões que lhe dizem respeito, sob a evidente responsabilidade dos pais e educadores. O processo de informação e formação do filho, a partir do estatuto, inclui o seu direito de opinião e de expressão', reclamando uma educação estabelecida através do diálogo, da troca e da reciprocidade entre educando e educador." (op. cit., p. 420).

f

C

J

C

C

f

e

e

C

e

st

no

O

ac

dc

ma

importância dessa convivência sobre seu integral desenvol. vimento "313.

Vale observar, no entanto, que os próprios preceitos contidos nos arts. 10, § 2º e 13, ambos da Lei n. 6.515/77, reinterpretados sob a perspectiva civil-constitucional, permitem alcançar a conclusão quanto à admissibilidade da guarda compartilhada no Direito brasileiro. Assim como, o disposto no art. 16, §§ 1º e 2º, do Decreto-lei n. 3.200/41, que autoriza o juiz a definir a guarda de acordo com o melhor interesse da criança.

E, efetivamente, em que consiste o modelo de guarda compar- tilhada? O primeiro aspecto envolve a própria noção de guarda compartilhada, ou seja, o exercício comum da autoridade parental, a continuidade do contato da criança (ou do adolescente) com ambos os pais, tal como ocorria no período em que o casal parental era, ao mesmo tempo, casal conjugal. Outro aspecto diz respeito à residência do menor. Acerca de tal ponto, é fundamental que o menor tenha "uma residência fixa (na casa do pai, na casa da mãe ou de terceiros), única e não alternada, (...), próxima ao seu colégio, aos vizinhos, ao clube, à pracinha, onde desenvolve suas ativida- des habituais e onde (...) tem seus amigos e companheiros de jogos. A determinação do local de residência do menor gera "a estabilidade que o direito deseja para o filho” e “não exclui que sua vida cotidiana seja vinculada a um ponto fixo "314. Desse modo, diversamente da guarda alternada, há um elemento objetivo de residência única do menor com uma pessoa – normalmente um dos pais - que detém a sua guarda física, enquanto a guarda jurídica pertence a ambos os pais. Mais um aspecto relevante, na guarda compartilhada, é o de permitir que os pais, apesar de não mais unidos, deliberam conjuntamente "sobre o programa geral de educação dos filhos, compreendendo não só a instrução, (...) como também o desenvolvimento de todas as faculdades físicas e psíquicas do

nu ee cor de

lec

315 l

ti

la

do

de

de

(os

ga

mo

GR

bi

313 GRISARD FILHO, Waldyr, op. cit., p. 141. E, complementa: "É inegável, as- sim, que a lei menorista acolheu a tese da guarda compartilhada, sendo-lhe amplamente favorável."

314 GRISARD FILHO, Waldyr, op. cit., p. 146.

menor 315. Assim, o exercício da autoridade parental por ambos os genitores envolve a coabitação, a assistência, a criação e a educação. A distinção entre guarda física e guarda jurídica também se mostra fundamental dentro do modelo de guarda compartilhada: "A guarda compartilhada atribui aos pais, de forma igualitária, a guarda jurídica, ou seja, a que define ambos os genitores como titulares do mesmo dever de guardar seus filhos, permitindo a cada um deles conservar seus direitos e obrigações em relação a eles. Nesse contexto, os pais podem planejar como lhes convém a guarda física (arranjos de acesso ou esquemas de visita). "316 Sob tal enfoque, a própria expressão "direito de visita" deve dar lugar à outra expressão, conforme sugere GRISARD FILHO: "Direito de comunicação, direito de convivência (para usar a terminologia estatutária), "genitor de acesso" (right of access, personal contact, staying acess) melhor significariam o ato de conviver, de relacio- nar-se, de trato diário como pretende a guarda compartilhada. "317. O filho que não conviva com o pai é titular do direito a manter uma adequada comunicação com ambos os pais, já que a consolidação dos sentimentos paterno ou materno-filiais favorece uma estruturação mais sólida e equilibrada do psiquismo do menor.

A visita, no âmbito das relações paterno-materno-filiais, consiste num direito-dever, tendo por função atender às necessidades afetivas e educativas dos menores. O filho, para se desenvolver física, inte- lectual e existencialmente, é titular do direito de manter adequada comunicação com seus pais, não sendo importante que eles tenham de desunido. "A guarda compartilhada reflete o maior intercâmbio

315 Ibid., p. 148. E, mais adiante, o mesmo autor complementa: "Na guarda compar- tilhada, não só as grandes opções sobre o programa geral de educação e orien- tação (escolha do estabelecimento de ensino, prosseguimento ou interrupção dos estudos, escolha da carreira profissional, decisão pelo estudo de uma língua estrangeira, educação religiosa, artística,

esportiva, lazer, organização de férias e viagens), mas também os atos ordinários, cotidianos e usuais (compra de uniforme e material escolar) pertencem a ambos os genitores, embora esses (os usuais) possam ser praticados isoladamente pelo genitor guardião, garantindo-se, assim, o exercício conjunto da autoridade parental, como no

modelo de família antes da ruptura" (pp. 148-149). 316 GRISARD FILHO, Waldyr, op. cit., p. 152.

317 Ibid., p. 153.

DI

as

m

do

g

CC

e,

se

de

CO

vı

da

ac

qu

ps

no

m

de

a

da

da

art

Po

àp

CO

do

rea

des

efe

ger

321

322

M

1

de papéis entre o homem e a mulher, aumenta a disponibilidade para os filhos, incentiva o adimplemento da pensão alimentícia, aumenta o grau de cooperação, de comunicação e de confiança entre os pais separados na educação dos filhos. Isso lhes permite discutir os detalhes diários da vida dos filhos, como pressuposto no novo modelo. A co-educação e o desenvolvimento da criança exigem sensibilidade e flexibilidade. "318 A partir do instante em que os pais se liberem das cargas sentimentais que motivaram a ruptura da sociedade

conjugal, e passem a ter o foco de atenção voltado para o bem-estar e pleno desenvolvimento dos seus filhos, a dissolução da sociedade deixa de ser um problema para a prole, mantendo a cooperação de ambos em uma das mais importantes funções do ser humano: a parentalidade. A Constituição Federal, ao revolucionar o Direito de Família em diversos setores, também atuou sobre os reflexos da dissolução da sociedade conjugal, como se tem procurado demonstrar. O texto constitucional "ao mesmo tempoo eт que privilegia um comportamento parental igualitário, procura conter a evasão da paternidade "319, evidenciando a opção constitu- cional de valorização dos relacionamentos familiares mesmo aqueles decorrentes da ruptura da sociedade conjugal, possibilitando o atendimento dos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro. Daí o acerto da colocação de Waldyr GRISARD FILHO: "A conti- nuidade das relações paterno e materno-filiais, ou seja, a manu- tenção do vínculo co-parental após o divórcio, a proteção dos filhos dos conflitos parentais e o respeito ao direito de estes man- terem uma adequada comunicação com ambos os genitores, são os melhores prognósticos que a guarda compartilhada pode oferecer ao desenvolvimento da personalidade do menor, 'o que correspondente, também', diz Francisco Muniz, 'a necessidades psicológicas dos pais e a um profundo enriquecimento de suas vidas.'"320

É claro que tal modelo não poderá servir em todos os casos, devidos às diversidades culturais, aos ressentimentos, à confusão entre

318 GRISARD FILHO, Waldyr, op. cit., p. 160.

319 Ibid., p. 165.

320 Ibid., p. 165.

GAMA

lade

cia,

nça

nite

ıça

na

cão

sto em , a le, ces ao Du m m a 1- es D. - S

as causas da dissolução da sociedade conjugal e ao próprio relaciona- mento pós-dissolução da sociedade conjugal. Daí a advertência da doutrina: "Pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálo- go, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos. Para essas famílias, destroçadas, deve optar-se pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas. "321 Assim, no momento imediatamente posterior à dissolução da sociedade conjugal, pode não atender aos interesses dos filhos a adoção do modelo de guarda compartilhada, mas isso não impede que em momento posterior, após tratamento psicológico ou mesmo psiquiátrico322, haja alteração do modelo de guarda uniparental para o modelo de guarda compartilhada, biparental.

A essência do modelo da guarda compartilhada "está refletida na palavra cooperação, já que livremente e por mútuo consenti- mento os pais geraram um filho, não podem se desfazer, através desse mútuo consentimento, das responsabilidades integrais sobre a vida desses filhos. O caráter conjunto do ato da concepção dá aos filhos o direito a ter pai e mãe." Daí o princípio da paterni- dade responsável, no contexto do planejamento familiar, previsto no art. 226, § 7º, da Constituição de 1988, a impor o compromisso do Poder Público em promover programas que objetivem tornar acessível à população o conhecimento sobre questões das mais importantes no contexto da família brasileira, inclusive quanto à dignidade das pessoas dos filhos menores (e maiores inválidos), conscientizando a todos do real significado da paternidade, maternidade e da filiação. E, dentro desse enfoque, encontra-se a guarda compartilhada como um dos efeitos pós-dissolução da sociedade conjugal dos eternamente genitores.

321 Ibid., p. 174.

322 Nesse sentido, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu art. 129, inciso III, prevê como uma das medidas pertinentes ao pai ou responsável, o "encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico", em caso de ameaça ou violação dos direitos das crianças e dos adolescentes.

12.4. DIREITO DE VISITA

No modelo de guarda exclusiva (ou uniparental), com a dissolução da sociedade conjugal entre os pais, o genitor não-guardião passa a ter o direito de visita ao filho menor (ou maior inválido),

pressupondo a guarda jurídica atribuída ao outro genitor ou a terceiro. O direito de visita surge exatamente em razão da cisão da guarda, já era reconhecido como implícito no art. 381, do Código Civil, tornando- se expresso no art. 15, da Lei n. 6.515/77. A causa da ruptura da sociedade conjugal é totalmente irrelevante para a fixação do direito de visita em favor do genitor não-guardião, principalmente levando em conta que o interesse a ser resguardado, prioritariamente, é o do filho, e não de qualquer um dos ex-cônjuges. Como observa Yussef CAHALI, "trata-se de um direito irrenunciável, sendo nula (ou ineficaz) qualquer estipulação inserida no pacto de separação ou no pedido comum de divórcio, tendente a suprimi-lo. "323 A visita e a circunstância do não-guardião poder ter o filho em sua companhia objetivam atenuar a perda da convivência diuturna na relação parental, e assim de certa forma, permitem satisfazer a plena e adequada comunicação entre pais e filhos que não convivem.

"O direito de visita, ou de adequada comunicação e super- visão da educação dos filhos, do pai ou da mãe não convivente a respeito dos filhos, cuja guarda foi outorgada ao outro, a paren- te, a terceiro ou, mesmo, a instituição, consiste no direito de manter um contato pessoal com o menor, da maneira mais ampla e fecunda que as circunstâncias possibilitam"324. Na verdade, o filho também é titular do direito de ser visitado, que é o reverso do direito de visita. A visita abrange não somente o contato físico-emocional entre o genitor não-convivente e o filho, mas também permite o exercício da fiscalização do genitor relativamente à criação e educa- ção ministrados pelo genitor convivente.

32) CAHALI, Yussef Said, op. cit., p. 938. Daí a observação seguinte, do mesmo au- tor: "Ainda que litigiosa a separação, aos genitores cumpre facilitarem recipro- camente a visita do outro aos filhos que estiverem sob sua guarda.".

GRISARD FILHO, Waldyr, op. cit., p. 93. 324

S e de da re un si, gu: res pai taçã em com dog regu perm tida p do nã adoles

da esc

325 Ib 326

"Funda-se o direito de visita em elementares princípios de direito natural, na necessidade de cultivar o afeto, de firmar os vínculos familiares, à subsistência real, efetiva e eficaz "325. Assim, dentro de valores solidaristas, humanistas, existenciais, faz-se mister que a visita atenda aos interesses da criança e do adolescente, com vistas a atenuar as repercussões dolorosas da ruptura da convivência diuturna. A finalidade do instituto é a permitir a manutenção de uma natural e adequada comunicação do filho com o genitor com quem não convive, para estimular e reforçar a parentalidade, permitindo o sadio e regular

desenvolvimento do menor: "por presunção é de se esperarem resultados benéficos para a prole, desses contatos perió- dicos com o outro genitor, contatos que permitirão não só uma melhor fiscalização quanto à maneira como estão sendo tratados os filhos como também acalentam aquele natural afeto que resulta do vínculo da paternidade. "326 Três são, genericamente, as modali- dades de visitação: livre, de mínima regulamentação, e extremamente regulamentada. A visitação livre, ou seja, sem regulamentação, exige um relacionamento harmônico, compreensivo entre os genitores entre si, e entre eles e o próprio filho, sendo mais adequado no campo da guarda compartilhada, e para os adolescentes, diante dos novos inte- resses que a idade desperta, e que muitas vezes exige adaptação dos pais à sua disponibilidade de tempo, espaço e circunstâncias. A visi- tação de mínima regulamentação consiste na modalidade de visita em finais de semana alternados, normalmente conjugada com a companhia do filho durante esses períodos no recesso do próprio lar do genitor não-convivente. Finalmente, a visitação extremamente regulamentada, com dias, horários, locais previamente estabelecidos, permite um planejamento de atividades e tarefas, mas em contrapar- tida pode ser prejudicial ao filho, muitas vezes gerando o desinteresse do não-guardião a prosseguir com tal sistemática.

É importante, por ocasião do estabelecimento das condições e da escolha da modalidade de visitação, que seja ouvida a criança e o adolescente, nos termos do art. 16, inciso II, do Estatuto da Criança

325 Ibid., p. 94.

326 CAHALI, Yussef Said, op. cit., p. 941.

e do Adolescente, que lhe assegura a liberdade de opinar e de se expressar, principalmente em assunto quibilidade do seus interesses. Evidentemente que a sensibilidade do magistrado, associada a um estudo interdisciplinar sobre a situação concreta, deve conduzir a uma solução que seja benéfica para todos, e se não for possível o resguardo dos interesses de todos, que atenda priorita- riamente o interesse do menor. No caso do adolescente, em especial, o próprio Estatuto prevê, no art. 45, § 2º, a necessidade do seu consentimento para adoção, apesar de ainda ser relativamente incapaz, na estrutura do Código Civil. Ora, se para a atribuição de novo vínculo de paternidade/maternidade e filiação, exige-se a manifestação do adolescente, obviamente que faz-se mister a sua oitiva no caso de regulamentação do direito de visita.

Diante da consideração de que o direito de visita também sofre a incidência dos princípios e valores constitucionais, por óbvio, é forçoso o reconhecimento de que o genitor não-convivente não tem direito absoluto de visita e de ter o filho em sua companhia. Ainda que por motivos graves e excepcionais, pode-se suspender o direito de visita do genitor não apenas em casos de suspensão ou perda da própria autoridade parental - arrolados no Código Civil e,

atualmente, complementados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente –, como também em algumas hipóteses em que se verifique o risco de exposição do menor a perigo327. Hipótese interessante, apontada doutrinariamente, é a verificada em caso de guarda de filho menor, em que o pai, invocando o direito de visita se opôs à viagem do filho de apenas um ano e três meses para Londres, em companhia da mãe, sua guardiã, em razão da realização de curso importante da mãe em sua carreira: "a oposição do pai à viagem, não obstante decorresse do legítimo direito de visitar o filho menor, foi consi- derada 'abusiva e injusta' pela doutrina, diante do interesse do

327 No sentido do texto: Yussef Said CAHALI (op. cit., p. 942), lembrando hipótese de exposição da saúde do menor a risco em razão de moléstia contagiosa do genitor. Da mesma forma, Waldyr GRISARD FILHO: "Toda vez que, em lugar de beneficiar a formação do menor, a visita importar em prejuízo moral para ele, tendente a desestabilizá-lo emocionalmente, for perniciosa ao seu desen- volvimento psicológico, e para preservar os seus afetivos interesses, a regra legal autoriza suspendê-la, pelo art. 13, da LDI." (op. cit., p. 96).

DIREI

meno para perso tema inadin Antor susper o pai, de ali de vis dentes de ass mente, preten. ordem por Yu as pen suspen paterno o direi revela transfo aliment contrac palment prevê a que tenh eles o de alimenta jurídicos brasileiro indiretam

328 TEPEDI 329 A CA

N

AMA

do,

ve

OS or a- al, eu Z, e e a

menor em não se separar da mãe, e da relevância da viagem para a carreira desta, com direta repercussão na formação da personalidade do filho. "328 Uma questão que surge a respeito do tema se relaciona à hipótese de suspensão da visita em razão da inadimplência da obrigação alimentar do genitor não-convivente. Antonio Cezar PELUSO considera tal hipótese como sendo de suspensão ou mesmo de exclusão do direito de visita: "De ordinário, o pai, que apresenta condições financeiras e não solve obrigação de alimentos aos filhos, insiste na

pretensão de exercer o direito de visitas, como se tratasse de qualificações jurídicas independentes (...) Ora, não se entende nem justifica que o pai, capaz de assegurar a subsistência material do filho e que, culposa- mente, desatende a esta obrigação primeira, possa afetar, na pretensão das visitas, afeição e cuidados que não demonstra na ordem das prioridades da vida. "329 Orientação contrária é assumida por Yussef Said CAHALI: "... o descumprimento do dever de pagar as pensões alimentícias devidas não é de modo a autorizar a suspensão do direito de visitas, pois esta infração dos deveres paternos poderá ser sanada com as medidas judiciais próprias; o direito de visitas é ao mesmo tempo um dever de visitas, e se revela incompatível com a dignidade das relações familiares a transformação da recusa da visita em exceção de obrigação alimentar não cumprida ou forma (não prevista em lei) de sanção contra o alimentante inadimplente. "330 O tema é complexo, princi- palmente diante da regra contida no art. 394, do Código Civil, que prevê a suspensão do pátrio poder em relação a qualquer dos pais que tenha faltado com o cumprimento dos deveres parentais, entre eles o de sustento. Sobre tal questão envolvendo a responsabilidade alimentar relativamente às parcelas não prestadas, há instrumentos jurídicos reconhecidos expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive a prisão civil, que possibilitam exigir, direta ou indiretamente, o cumprimento do encargo alimentar. Ademais, o direito

328 TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 425.

329 Apud CAHALI, Yussef Said, op. cit., p. 944.

330 CAHALI, Yussef Said, op. cit., pp. 944-945.

se

de visita não pode ser considerado isoladamente, porquanto há o direito do menor de ser visitado pelo genitor, o que representa, na hipótese, o atendimento ao melhor interesse da criança, possibilitando a manutenção da comunicação entre o genitor e o filho, razão pela qual em atendimento à dignidade da pessoa do filho e, portanto, ao seu melhor interesse, é de se reconhecer como não sendo possível a suspensão do direito de visita mesmo em caso de descumprimento do dever de alimentos.

Conjugado ao direito de visita, encontra-se o direito de fiscali- zação do não-guardião. Trata-se do direito de "fiscalizar a educação e a manutenção do filho sob a guarda do outro, de permanente vigilância a respeito das condições de guarda, com a conseqüente responsabilidade maior do genitor a quem, coube diretamente o exercício da autoridade parental. "331 No campo da autoridade parental, a fiscalização representa o exercício indireto, pelo genitor não-guardião, da sua responsabilidade parental, no sentido de controlar a criação e a educação que vêm sendo ministradas pelo guardião, podendo, assim, agir quando ficar

constatada qualquer irregularidade, violência, abuso, omissão, desrespeito aos direitos do filho. Para tanto, o não-convivente pode obter informações sobre a vida do filho, a criação e educação que vem recebendo, sua higidez física, psíquica, sua formação escolar e outras atividades cotidianas e de sua vida.

Outro assunto, em matéria de direito de visita, se relaciona aos avós e a outros parentes do menor. Apesar de inexistir regra legal expressa prevendo tal direito de visita, doutrina e jurisprudência têm considerado que os menores não podem ficar privados da comuni- cação com seus avós e outros parentes mais próximos, do contrário poderiam surgir seqüelas físicas e mesmo psíquicas, obstando o0 desenvolvimento sadio e regular dos menores. O fundamento do direito de visita aos netos pelos avós decorre do princípio de solidariedade familiar, já que os fatores emocionais que vinculam tais parentes em linha reta despertam a necessidade do contato periódico. Interessante argumento é apresentado por CAHALI: "O avô não é titular do pátrio poder. O Código Civil, porém, lhe conferiu determinadas

331 GRISARD FILHO, Waldyr, op. cit., p. 96.

DIR

atri sup nor (ar acc Ma das imp ab Có ati que da Sol cria no vêr OS cor crit -, f tod sol dos dos aju ser ou dos E, f fam

332 333 C D

AMA

to se, a ela ao a to

li- te te 0 de or ar 0, He, 10, a ca, .

LOS gal Em ni- rio ito ade em nte do das

atribuições sobre seus netos; o exercício dessas atribuições pres- supõe contato entre o menor e seu avô. A este cabe o direito de nomear tutor (art. 407), subsidiariamente prestar-lhe alimentos (art. 397) e é seu herdeiro. Cabe-lhe, ainda, como parente do menor, acompanhar o desenvolvimento físico e moral de seu neto, para poder representar ao juiz contra abusos no exercício do pátrio poder (art. 394 do CC). "332 Outro argumento é apresentado por Maria Helena DINIZ: "Se o titular do pátrio poder, no exercício das prerrogativas dele derivados, por mero espírito de emulação, impede que os avós visitem os netos, exerce seu direito de modo abusivo, praticando ato ilícito na forma do art. 160, I, in fine do Código Civil, dando ensejo a

que o Judiciário emende a sua atitude. Desse modo, a origem do direito dos demais ascendentes, que não os pais, visitarem seus descendentes, advém da aplicação da idéia de abuso de direito no exercício do pátrio poder. "333 Sob o prisma da Constituição Federal de 1988, ao lado do direito da criança e do adolescente à convivência familiar, reconhece-se, ainda, no mesmo art. 227, caput, o direito do menor à dignidade e à convi- vência comunitária. Assim, ainda que se considere, por absurdo, que os avós não integram a família do menor, os direitos à convivência comunitária e à dignidade do menor sempre na consideração do critério interpretativo do melhor interesse da criança e do adolescente -, fundamentam o direito do menor ser visitado por seus avós e por todos os parentes que com ele mantenham um laço de afeto, de solidariedade, de respeito, de amor. De outro lado, quanto às pessoas dos avós, o art. 229, na parte final, da Constituição, assegura aos pais dos titulares da autoridade parental (portanto, avós dos menores) a ajuda e o amparo na velhice, carência ou enfermidade, não podendo ser limitado o alcance do termo carência ao mero aspecto material ou econômico, abrangendo, por óbvio, as necessidades existenciais dos mais velhos, inclusive a comunicação e contato com seus netos. E, finalmente, o art. 230, do texto constitucional, deixa claro que a família tem o dever de amparar a pessoa idosa, defendendo o seu

332 CAHALI, Yussef Said, op. cit., p. 952. 333 DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 240.

D

bem-estar e a sua dignidade, garantindo-lhe o direito à vida, material e existencialmente digna.

12.5. ALIMENTOS

O dever de sustento dos pais em relação aos filhos menores (e maiores inválidos) decorre da própria incapacidade física e psíquica dos sujeitos ativos, diante de circunstâncias naturais, quais sejam a menoridade ou a invalidez física ou psíquica. O sustento abrange a obrigação de prover a subsistência material dos filhos, com o forne- cimento de alimentação, vestuário, habitação, medicamentos, enfim, o necessário à sobrevivência e manutenção do credor. Tal dever tem como fundamento a garantia do direito à vida do próprio filho, pois cientificamente os seres recém-nascidos são completamente depen- dentes de seus pais, necessitando do sustento por parte de seus geni- tores para que possam se desenvolver física, intelectual e existencial- mente, a ponto de adquirirem independência e autonomia, ocasião em que se tornarão auto-suficientes para sobreviverem.

Na eventualidade da dissolução da sociedade conjugal entre os pais, o dever de sustento se materializa no direito a alimentos, como um dos efeitos de caráter patrimonial da desunião. A despeito da ruptura da união entre os pais, o dever de sustento, previsto no art. 231, inciso IV, do Código Civil, não desaparece, porquanto a despeito da regra estar inserida no campo dos

deveres matrimoniais, é pacífico que ele decorre do vínculo da parentalidade, sendo completamente irrelevante o desaparecimento da relação conjugal entre os pais. Daí a própria regra contida no art. 20, da Lei n. 6.515/77, segundo a qual para manutenção dos filhos, os cônjuges, separados judicialmente, contribuirão na proporção de seus recursos. Evidentemente que tal preceito também se aplica ao divórcio, e mesmo em situações anteriores à própria dissolução da sociedade conjugal, como na separação de fato ou na separação cautelar de corpos.

A regra que prevê o dever de alimentos de ambos os pais, proporcionalmente aos seus recursos, no art. 20, da Lei n. 6.515/77, não considera qualquer outro critério a não ser a necessidade dos filhos e a possibilidade dos pais, razão pela qual é completamente

ir CO de de re CC CC da ob de do a co dir pro de de inc ass ee (re (re

dec ou alim pátr Ado geni lado obris

334 335 GR CA

GAMA

rial

es ca a a e- 1, n S -

irrelevante eventual causa culposa na ruptura dos pais. Alimentos compreendem "obrigação primária na satisfação das necessida- des básicas do menor (alimentação, vestimenta, habitação, instru- ção e educação, medicamentos e saúde, higiene e lazer), que deve ser atendida por ambos os genitores, na proporção dos seus recursos "334. Desse modo, por mais hediondo que tenha sido o comportamento de um dos cônjuges, durante a constância da sociedade conjugal, gerando o conflito conjugal que terminou com a dissolução da união, a responsabilidade alimentar incumbe a ambos os pais, ex- cônjuges. Ao comentar a respeito do art. 20, da Lei n. 6.515/77, observa Yussef Said CAHALI: "O dispositivo induz a presunção de que ambos os cônjuges permanecem obrigados ao sustento dos filhos menores e maiores inválidos, qualquer que tenha sido a causa ou a forma da separação. "335 Logo, não há como se confundir o direito a alimentos em favor dos filhos com eventual direito a alimentos em favor de ex-cônjuge, levando em conta que os próprios fundamentos e critérios são totalmente diferentes. O Código de Processo Civil, ao cuidar dos requisitos da petição inicial da ação de separação consensual, expressamente prevê, em seu art. 1.121, incisos III e IV, a distinção entre os deveres de prestação alimentícia: assim, a petição deverá conter o valor da contribuição para criar e educar os filhos (inciso III) e a pensão alimentícia do marido (rectius:

cônjuge) à mulher (rectius: ao outro cônjuge) se esta (rectius: este) não possuir bens suficientes para se manter.

Na eventualidade dos filhos não ficarem sob a guarda jurídica de qualquer dos pais, por força de acordo na dissolução da sociedade, ou por julgamento em disputa judicial, nem por isso a obrigação alimentar dos pais se extingue, por se tratar de atribuição inerente ao pátrio poder. É certo que o art. 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê o dever de assistência material do guardião não- genitor em relação à criança ou ao adolescente sob guarda. Mas, ao lado do guardião, os pais do menor (ou mesmo do maior inválido) têm obrigação alimentar que somente deixará de existir quando da

34 GRISARD FILHO, Waldyr, op. cit., p. 98.

335 CAHALI, Yussef Said, op. cit., p. 935.

a

C

E

C

C

C

verificação de que os filhos podem, por conta própria, providenciar o seu sustento. A jurisprudência reiteradamente vem se posicionando no sentido de considerar que mesmo que o filho já tenha atingido a maioridade, ao completar vinte e um anos de idade, a obrigação alimentar pode se manter: "tem-se considerado que a maioridade do filho, que não trabalha e cursa escola de ensino superior, e se encontra sob a guarda materna, não elimina a responsa- bilidade do pai pelo seu amparo financeiro, até que, pelo menos, atinja a idade de 24 anos, na falta de prova de possuir o bene- ficiário rendimentos próprios."336 Nesse caso, ao haver adquirido a capacidade civil plena, com a maioridade, evidentemente que as atribuições do pátrio poder deixam de existir, pela própria extinção da autoridade parental, nos termos do art. 392, inciso III, do Código Civil, e, conseqüentemente, quem administrará seus próprios bens aí incluídos os valores relativos aos alimentos - será o próprio filho, não mais o seu ex-guardião.

336 Ibid., pp. 936-937.

13

NOTA CONCLUSIVA: DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

A família é o coração e o centro vital de toda a civilização humana. Este é o principal argumento para refutar pensamentos apocalípticos cuja visão acerca do desaparecimento da família é propalada e anunciada a todos os cantos. Inexiste dúvida acerca da sua transformação e, certamente, a mudança se opera devido a um conjunto de fatores que extrapolam os limites do círculo familiar337. No mundo tem-se observado a ocorrência de inúmeras alterações em diversos segmentos do conhecimento humano, com reflexos, por óbvio, no centro da civilização. As transformações havidas e aquelas ainda em curso provocam ora impactos fulminantes, ora repercussões que somente poderão ser efetivamente percebidas em tempos futuros. Este é o estágio atual da família no mundo contemporâneo: uma época de profundas mudanças 338, algumas aparentes, de fácil percepção; outras não tão evidentes, que certamente somente poderão se consolidar após o amadurecimento de alguns dados recentes.

337 Relembre-se, a esta altura, a lição de Erik JAYME, segundo a qual "o direito, como expressão cultural de um povo, sofre reflexos maiores ou menores das mudan- ças valorativas, econômicas, históricas, éticas e mesmo religiosas de seu tempo" (apud MARQUES, Cláudia Lima et allii, p. 22). 338

A respeito das transformações da família, veja o comentário de Rodrigo da Cunha PEREIRA: "Na realidade, as transformações 'sofridas' pela família, e que o Direito começa pouco a pouco a absorver, inserem-se num processo histórico de mudanças de maiores dimensões e profundidade" (Direito de família: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, pp. 154-155).

O Direito de Família, à evidência, necessita ser revisitado, em especial o Direito de Família brasileiro. A incidência da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, no campo das relações jurídico-familiares, é de tal monta que, certamente, o operador do Direito não poderá trabalhar conceitos, requisitos, elementos, efeitos e alcance dos diversos institutos jurídicos a não ser sob a ótica civil- constitucional. Esta foi a preocupação do presente trabalho, buscando a efetividade do texto constitucional brasileiro de 1988. A Constituição de 1988 representa, comparativamente aos textos anteriores e mesmo de outros países, um marco na história do Direito de Família brasileiro, trazendo significativos e fundamentais avanços na defesa das instituições sociais e, em especial, das famílias brasileiras, expres- samente

consideradas como células básicas do organismo social. Dentro dessa perspectiva, a dignidade da pessoa humana, inclusive e principalmente no seio do grupo que lhe é mais próximo e imprescin- dível - a FAMÍLIA -, ressoa como o atributo-objetivo a ser alcançado em todos os lares (familiares), autorizando a constituição e o desenvol- vimento de relações pessoais mais autênticas, fulcradas nos senti- mentos mais valorosos da psiqué humana.

Não há como se atribuir maior valor no campo do Direito de Família do que aos próprios dizeres do Preâmbulo da Constituição de 1988: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assem- bléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrá- tico, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e indivi- duais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgados, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil". Tal singela frase, contida no preâmbulo, demonstra o quão revolu- cionária, no melhor sentido da palavra, se apresenta a Constituição de 1988, promovendo o ingresso de uma nova ordem civil-consti- tucional no país, daí precisarmos compreendê-la perfeitamente para que sejamos dignos de sermos protegidos.

AN

série Direi civil de Ju recor proce de Fa Agra 1999 morm

1. IN

julgar tendo nhece (por n mesm

ta

ANEXOS

I – UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

Um dos temas mais palpitantes e recentes, que desperta uma série de questionamentos no âmbito do Direito Civil, em especial no Direito de Família, vem sendo aquele concernente à natureza da união civil entre pessoas do mesmo sexo. A respeito do assunto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através da Oitava Câmara Cível, reconheceu a competência da Vara de Família e Sucessões para o processamento e julgamento de Ação de Dissolução de Sociedade de Fato envolvendo parceiros do mesmo sexo, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 599075496, ocorrido no mês de junho de 1999 (ANEXO II). Daí a razão do comentário a respeito do tema, mormente diante dos fundamentos adotados no Julgado em análise.

1. INTRODUÇÃO AO TEMA

É precedente jurisprudencial de relevo sobre o assunto outro julgamento, desta feita proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo como Relator Ministro Ruy Rosado de AGUIAR339, ao reco- nhecer o direito ao partilhamento de bens decorrente da dissolução (por morte) da sociedade de fato constituída entre os parceiros do mesmo sexo.

339 Trata-se do julgamento do Recurso Especial n. 148897/MG, proferido pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 10.2.1998. Revista dos Tribunais, v. 756, outubro de 1998, pp. 117-127.

Outros julgamentos recentes, noticiados pela imprensa, envol vendo uniões de pessoas do mesmo sexo e suas repercussões jurí dicas, também se mostraram importantes para despertar a discussão jurídica sobre tais questões. Uma nota comum, presente em alguns, é o da consideração de tais uniões como famílias na acepção jurídica, e não apenas sociológica, daí o reconhecimento de efeitos jurídicos análogos àqueles relativos às famílias entre pessoas de sexos diferentes (fruto da conjugalidade). Coincidentemente, Luiz Edson FACHIN se manifestara sobre o tema em época anterior a tais julgamentos, no sentido de que os tribunais negavam o reconhecimento de tais famílias, como um espaço privilegiado do status quo. 340 Há notícias a respeito de julgamento proferido em abril de 1999, no âmbito da justiça federal, em que o parceiro sobrevivente obteve o reconheci- mento do direito ao pensionamento por morte do ex-parceiro, servidor de Universidade Pública Federal, com base na Lei n. 8.212/91.341 Outro julgamento digno de nota é exatamente aquele inicialmente mencionado, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando foi definida a competência ratione materiae em relação à Vara de Família e Sucessões, em Ação de Dissolução de Sociedade de Fato entre pessoas do mesmo sexo, nos termos do Código de Organização Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul. 342

Tais posições suscitam o amplo debate acerca da natureza das uniões civis entre pessoas do mesmo sexo e, conseqüentemente, dos reflexos (ou sua ausência) de tais uniões. Trata-se de assunto que se insere na temática das profundas transformações que a sociedade contemporânea vem experimentando e, em especial, o Direito de Família.

Contemporaneamente, alguns julgados reconhecem efeitos de ordem patrimonial envolvendo os parceiros homossexuais no contexto do direito ao partilhamento de bens decorrentes da constituição e

340 FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. Revista dos Tribunais, v. 732, p. 50, outubro de 1996.

341 Cuida-se da sentença datada de 15.4.1999, proferida pelo Juiz Federal Cláudio Roberto da Silva, na Seção Judiciária de Santa Catarina, cuja cópia do texto foi gentilmente cedida.

342 Cuida-se do julgamento do Agravo de Instrumento n. 599075496, da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, datado de 17.6.1999, tendo como Relator o Desembargador Breno Moreira MUSSI.

DIREITO DE F

mantença de aponta algun uniões entre heterossexua direito de ins b) empresas Pont també́n Suécia já ad a BBC conc mel e bônus Itália, em Bo para aquisiçã BOSSERT344 reconhecend nidade, sust trato das pes jurídicas e ac

Contuc do mesmo s

2. A FAMI

Qualqu o contexto baseada nos sempre este Giselda HIR tantes das Ilh nidade não e

343 GUIMARÃE uniões forma tucionais, pr dos Tribunai 344 BOSSERT, C

Astrea, p. 46 345 HIRONAKA Revista de

AMA

ão

rí- as, a, OS es e S S

mantença de sociedade de fato. Marilene Silveira GUIMARÃES 343 aponta alguns exemplos de avanços já verificados no campo das uniões entre pessoas do mesmo sexo quanto à equiparação às uniões heterossexuais: a) funcionários da Prefeitura de Nova Iorque têm direito de inscrever seus parceiros como dependentes previdenciários; b) empresas privadas norte-americanas como a IBM, a Kodak, a Du Pont também autorizam tal prática; c) a Dinamarca, a Noruega e a Suécia já admitem casamento entre homossexuais; d) na Inglaterra, a BBC concede aos parceiros homossexuais licença para lua-de- mel e bônus de auxílio, tal como reconhece aos heterossexuais; e) na Itália, em Bolonha, a Prefeitura estendeu o direito de solicitar auxílio para aquisição de casa própria aos parceiros homossexuais. Gustavo BOSSERT344 aponta a Resolução do Parlamento Europeu de 8.2.1994, reconhecendo a igualdade dos direitos dos homossexuais na comu- nidade, sustentando a necessidade de

cessar as desigualdades no trato das pessoas de mesma tendência sexual em nível de disposições

jurídicas e administrativas. Contudo, uma indagação se apresenta: a união civil entre pessoas do mesmo sexo é, juridicamente, uma família?

2. A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Qualquer análise sobre a família não pode deixar de considerar o contexto histórico, econômico, social e religioso da sociedade baseada nos organismos familiares. A história da civilização humana sempre esteve - e assim prosseguirá - atrelada à história da família. Giselda HIRONAKA345 exemplifica tal dado com o caso dos habi- tantes das Ilhas Trobriand, que consideram que o sentimento de pater- nidade não está associado à verdade biológica, e sim decorre apenas

343 GUIMARÃES, Marilene Silveira. Reflexões acerca de questões patrimoniais nas uniões formalizadas, informais e marginais. Direito de família - aspectos consti- tucionais, processuais e civis, Coord. ALVIM, Teresa Arruda. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 1995, p. 204.

14 BOSSERT, Gustavo A. Régimen Jurídico del concubinato. 4ª ed., Buenos Aires: Astrea, p. 46.

345 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. Revista de Direito de Família, v. 1, abril/junho de 1999, p. 9.

da circunstância de que as crianças são filhas do ventre da mulher amada, pois acreditam que os espíritos são responsáveis pela gravidez da mulher.

Nos ordenamentos jurídicos que seguem a tradição romano- germânica, a par da influência da Igreja Católica, são apontados os acontecimentos históricos das Reformas Religiosas - principalmente a Luterana -, e da Revolução Francesa que apresentaram as linhas mestras da família matrimonial como sendo a única digna de tutela. O Code Civil francês de 1804 deu os contornos da estrutura jurídica da família, com forte conotação hierarquizada, patriarcal, centrali- zadora na pessoa do chefe, excluindo de legitimidade qualquer outra união afetiva entre não-parentes. Consolidou-se, pois, o que Orlando GOMES denominou de "Direito de Família aristocrático", ou seja, aquele dirigido a tutelar a família "legítima", detentora de patrimônio e defensora da paz doméstica, como valores absolutos, desprovidos de qualquer conteúdo ético e humanista entre os familiares.

Com a evolução dos costumes e da própria sociedade, o enfoque jurídico-legal enclausurado e hermético da família aristocrática mostrou-se completamente insuficiente e frágil, daí a necessidade de rever posições, reestudar conceitos e regras, sob pena de degradação da própria sociedade. A família é, antes de mais nada, uma realidade sociológica, daí a sempre atual observação de Virgílio de SA PEREIRA: "Agora, dizei-me: que é que vedes quando vedes um homem e um mulher, reunidos sob o mesmo teto, em torno de um pequenino ser, que é o fruto de seu amor? Vereis uma família. Passou por lá o juiz, com a sua lei, ou o padre, com o seu sacramento? Que importa isto? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural" 346

O conceito de família para o Direito é relativo, alterando-se continuamente, como reflexo da própria evolução histórica da socie- dade e dos seus costumes. O certo é que uma das notas peculiares do final do século XX consiste na verificação de que as famílias devem se fundar, cada vez mais, em valores existenciais e psíquicos, próprios do convívio próximo, afastando as uniões de valores autori-

346 Apud HIRONAKA, Giselda, op. cit., pp. 12-13.

tários, materiali o modelo de fa jurídico, não se papel da Con brasileiro: con meno da con ordenamento humana (o se Giselda HIRO Maior, foi obr "relevantes i tificação de c civilmente c

A Cons realidades so constituem au migração da do Direito d vista sociológ Antonio Ca constitucion familiar aind como o con pessoas do amigos ou p

3. FAMÍLI

Não h alguns mod conforme r

348 COLTRO,

347 HIRONAK. artigo in cedido, 349 HIRON

tários, materialistas, patrimonialistas e individualistas que notabilizaram o modelo de família oitocentista do Código Napoleão. E, no âmbito jurídico, não se pode deixar de considerar o relevante e inestimável papel da Constituição Federal, mormente a de 1988, no direito brasileiro: como já se pôde perceber, o Direito Civil passa pelo fenô- meno da

constitucionalização dos bens e valores fundantes do ordenamento jurídico, com atribuição de maior relevância à pessoa humana (o ser) do que ao seu patrimônio (o ter). Como observa Giselda HIRONAKA, o legislador brasileiro, ao formular a Carta Maior, foi obrigado, diante da realidade da vida, a constitucionalizar "relevantes inovações, entre elas, e principalmente desmis- tificação de que a família só se constituísse a partir do casamento civilmente celebrado". 347

mulher

avidez

mano-

dos os mente Linhas utela. rídica trali- outra ando seja, nônio vidos

oque

ática

le de ação dade RA: me nino r lá Que gar

-se cie- ares lias Cos, ori-

A Constituição Federal de 1988 deixa expresso que outras realidades sociológicas, além das uniões matrimoniais, também constituem autênticas famílias, na acepção jurídica, daí a conseqüente migração das relações jurídicas entre companheiros, por exemplo, do Direito das Obrigações para o Direito de Família. Do ponto de vista sociológico inexiste um conceito unitário de família, como acentua Antonio Carlos Mathias COLTRO.348 Mas, mesmo com o texto constitucional de 1988, certas realidades sociológicas de natureza familiar ainda foram mantidas afastadas do Direito de Família, tais como o concubinato (na estrita acepção do termo), as uniões entre pessoas do mesmo sexo e a convivência afetiva assexuada entre amigos ou parentes.

3. FAMÍLIA NÃO-FUNDADA NO CASAMENTO

Não há dúvida que a Constituição Federal de 1988 apreendeu alguns modelos de família sociológica, mas deixou de fora outros, conforme reconhecem Giselda HIRONAKA,349 Paulo Luiz Netto

347 HIRONAKA, Giselda, op. cit., p. 17.

** COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Reflexos do Direito Penal na União Estável, artigo inédito (no prelo), digitado apenas no anverso e que foi gentilmente cedido, p. 5.

149 HIRONAKA, Giselda, op. cit., passim.

LOBO 350 e outros autores. Assim, a despeito da enorme importância do texto constitucional, as famílias de fato resultantes da união sexual entre parentes (pai e filha, por exemplo) não recebem a tutela do ordenamento jurídico brasileiro.

Como já apontei em trabalho envolvendo o tema, um dos requi- sitos objetivos exigidos para a configuração do companheirismo (união estável, na linguagem do legislador constituinte) é a diversidade de sexos, ou seja "a união extramatrimonial entre um homem e mulher, como componente natural, atrelado à noção de que tais uniões existem, normalmente, para atender aos desejos instintivos das pessoas, ou seja, a manutenção de relações sexuais e, eventual- mente, para servir à procriação". Observa-se que tal requisito não é exclusividade do Direito brasileiro, sendo essencial para a caracterização das uniões, no Direito espanhol, conforme acentua Eduardo Estrada ALONSO.351 Cuba, Peru, Paraguai e Guatemala, em suas legislações, também expressamente enunciam a indispensa- bilidade da união familiar se constituir entre um homem e uma mulher. Outro requisito é a ausência de impedimentos matrimoniais, inclusive para evitar que, por via transversa, fosse transposto óbice ao casa- mento, como no caso do impedimento de parentesco.

Assim, à luz da normativa constitucional brasileira, somente aqueles que, potencialmente, podem viver unidos formalmente (ou em casamento), merecem o status familiae. Deve-se sublinhar a importância da noção de casamento mesmo quanto às uniões infor- mais: os contornos do casamento se mostram fundamentais, no mundo jurídico, para o reconhecimento das famílias jurídicas funda- das na conjugalidade, por força do sistema existente, tal como previsto na Constituição Federal. Em matéria de famílias conjugais, somente poderá ser reconhecida como família a união informal que, abstratamente, possa ser convertida em casamento, ainda que,

350 LÔBO, Paulo Luiz Netto. O ensino do Direito de Família no Brasil. Direito de família aspectos constitucionais, processuais e civis, coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e LEITE, Eduardo de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 1999, p. 315.

351 Apud DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Da união estável como entidade familiar. Revista dos Tribunais, v. 667, maio de 1991, p. 23.

DIRE

ever pess para requ do v desta em ocor sem corre impli ment qüên requi conte

nunco Direit Dois, tuiçãc de fam parent consta ao pre casam entre fa nhecid. tuciona tenção) qualque

352 No me

compar

desse

ne importância Ja união sexual m a tutela do

um dos requi- eirismo (união versidade de em e mulher, tais uniões tintivos das e, eventual- al requisito ncial para a me acentua Guatemala, Indispensa- ma mulher. 5, inclusive e ao casa-

, somente mente (ou blinhar a Ses infor- ntais, no as funda- Cal como Onjugais, mal que, nda que,

Direito de ER, Teresa ibunais, v.

e familiar.

eventualmente, os partícipes da união sejam casados com outras pessoas, mas que já estejam separados de fato pelo tempo mínimo para se desvincularem, formalmente, de seus ex-consortes e possam requerer a conversão da "união estável" em casamento. Em parte do voto do Relator Breno MUSSI, no julgamento ora comentado, foi destacado que a união estável deve ser encarada "como a relação em que as pessoas não estão preocupadas com o casamento. Pode ocorrer, inclusive, que justamente não querem é o matrimônio, sem que a relação deixe de ser uma união estável". A despeito da correta colocação, imperioso se faz alertar que o texto constitucional implicitamente adotou como paradigma o casamento para o reconheci- mento das uniões livres como sendo espécie de família, daí a conse- qüência inarredável de que outras uniões que não preencham os requisitos do companheirismo devem ser consideradas alijadas do contexto familiar.

Assim, pode ser estatuído o seguinte: não há união estável, e nunca haverá, naquelas uniões que, por força do tratamento no Direito matrimonial, nunca poderão ser convertidas em casamento. Dois, basicamente, são os fundamentos de tal afirmação: a) a Consti- tuição Federal estimula a constituição, ab initio ou por conversão, de famílias matrimoniais; quanto às outras famílias (informais e mono- parentais), as reconhece, sem pretender a sua proliferação.

A regra constante da parte final do § 3º, do art. 226, da Constituição Federal, ao prever que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, é elucidativa a esse respeito; b) não houve equiparação entre família matrimonial e as outras famílias sociológicas (ora reco- nhecidas constitucionalmente), daí porque há a prevalência consti- tucional do casamento sobre outras formas de constituição (e, manu- tenção) de família. 352 Logo, não pode ser reconhecida como família qualquer união não-parental que, abstratamente, não possa se

352 No mesmo sentido: "A Carta de 1988 demonstra claro interesse em estimular os companheiros a mudarem a estrutura protetora que envolve a família (...) Dentro desse contexto, privilegia-se o casamento; construindo em torno da família surgida sobre ele proteção mais aguda, com o objetivo de incentivar a sua opção" (SARDAS, Marcela e MEIRELLES, Júlio César da Costa. A Parceria Civil Registrada, Revista Quaestio Juris, n. 2, p. 2).

transformar em casamento, pois do contrário, estar-se-ia descum- prindo a Constituição Federal com o estímulo à constituição de outras famílias que não a família matrimonial.

Certo ou não, fato é que a Constituição Federal encampou certos modelos de famílias sociológicas e, propositadamente, deixou de fora outros, podendo ser lembrada (e enfatizada), por exemplo, a união sexual, estável e contínua, nos moldes de convívio entre casados, durante prazo razoável, com geração de prole, entre um pai e uma filha. Há valores e princípios jurídicos que fundamentam o ordena- mento jurídico brasileiro, implicando a adoção de regras de conduta nas relações familiares, como a da proibição jurídica do incesto, a da diversidade de sexos, que não foram modificadas pela Constituição Federal, mantendo tais uniões fora do Direito de Família. Outro exemplo que pode ser dado em situação bastante comum é aquele envolvendo um caminhoneiro que, em cada lugar por onde passe, constitua uma família sociológica, vivendo como se casado fosse com três ou mais mulheres: juridicamente, diante do princípio monogâmico, somente a primeira será havida como companheira, ao passo que as demais serão concubinas, em sentido estrito. Isso não impede que possa ser reconhecida a "união estável" putativa relativa às mulheres que ignoravam a existência da companheira e, conseqüentemente, os reflexos de tal união.

4. UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

Constata-se, pois, que não foi o acaso que conduziu o legislador constituinte de 1988 a inserir expressamente no texto que somente a união entre o homem e a mulher pode configurar união fundada no companheirismo, excluindo, portanto, o reconhecimento, como família, das uniões entre homossexuais, mesmo que desimpedidos, convivendo em razoável espaço de tempo. Como visto, para a existência do companheirismo, não é possível a presença de qualquer impedimento matrimonial entre os companheiros, já que do contrário estar-se-ia estimulando a

proliferação de "uniões estáveis" em detrimento das uniões matrimoniais, o que não é o desejo constitucional. Com maior razão, portanto, não é possível o reconhecimento da união estável

DIREIT

entre p entre e cia de sável o a exem

U

julgam direito da pes outra c desenv pessoa. o inten enfim, c a funda partir a a igual inviolab base ju como d pessoa de vista sexual d cionar a espécie

É in orientaçã merecend ser livre, independe existente

353 FACHIN, Renovar 354 DIAS AJU

EIRA DA GAMA

a descum- de outras

you certos ou de fora , a união casados, ai e uma ordena- - conduta esto, a da stituição a. Outro é aquele de passe, Fosse com ogâmico, so que as pede que mulheres nte,

br a no a, hdo do hento se-ia das aior ável

entre pessoas do mesmo sexo, já que, tradicionalmente, o casamento entre elas é inexistente, no Direito. Para que fosse possível a existên- cia de família informal entre pessoas do mesmo sexo, seria indispen- sável o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo, a exemplo do que ocorre na Dinamarca, na Noruega e na Suécia.

Um dos fundamentos do voto do Relator Breno MUSSI, no julgamento ora comentado, é o ponto da discriminação atrelada ao direito da pessoa à orientação sexual: "a orientação sexual é direito da pessoa, atributo da dignidade. O fato de alguém se ligar a outra do mesmo sexo, para uma proposta de vida em comит, e desenvolver os seus afetos, está dentro das prerrogativas da pessoa. A identidade dos sexos não torna diferente, ou impede, o intenso conteúdo afetivo de uma relação emocional, espiritual, enfim, de amor, descaracterizando-a como tal", conforme destaca a fundamentação do voto. Como leciona Luiz Edson FACHIN, "a partir do texto constitucional brasileiro que assegura a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza (art.5°), a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X), a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo

inerente e inegável da pessoa humana". 353 Maria Berenice DIAS também defende ponto de vista similar: "descabe estigmatizar quem exerce orientação sexual diferente, eis que, negando-se a realidade, não se irá solu- cionar as questões que emergem quando do rompimento de tal espécie de relação. "354

É inquestionável que, à luz do texto constitucional de 1988, a orientação sexual da pessoa é atributo inerente de sua personalidade, merecendo respeito e acatamento por toda a sociedade, que deve ser livre, justa e solidária, preservando a dignidade da pessoa humana, independentemente de suas preferências ou opções sexuais. O afeto, existente na maior parte das uniões homossexuais, é idêntico ao

353 FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos de direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 94-95.

35 DIAS, Maria Berenice. Efeitos patrimoniais das relações de afeto. Revista AJURIS, n. 70, p. 293, 1997.

elemento psíquico e volitivo das uniões conjugais e companheiris, não há dúvida. Mas, juridicamente, não há uma família constituída entre as pessoas do mesmo sexo que vivam em situação similar àquela das uniões heterossexuais, tal como a união sexual entre concubinos, bem como entre entre parentes. Inexiste dúvida que o Estado e a sociedade não podem adotar qualquer postura discriminatória ou restritiva à liberdade que os homossexuais têm de se unirem, forman- do uma entidade quase-familiar, mas há elemento de discriminação razoável para não conceber tal união no contexto do Direito de Família. "O Estado pode dispensar um tratamento desigual aos parti- culares, desde que o faça JUSTIFICADAMENTE. "355

Vejamos, pois, qual é tal elemento de discrímen. A sexualidade, tal como vista no Direito, é aquela considerada natural ou normal - , somente sendo possível a sua prática entre um homem e uma mulher, permitindo, inclusive, a perpetuação da estirpe com a prole daí resul- tante, aumentando numericamente os integrantes da família. Assim, no controle estatal da sexualidade, há obstáculo a que outras práticas sexuais ainda que presentes na realidade fática -, possam ser consideradas juridicamente. Daí a noção da inexistência do casa- mento356 e, conseqüentemente, do companheirismo entre pessoas do mesmo sexo. Marcela SARDAS e Júlio César MEIRELLES apresentam outro argumento para sustentar a assertiva de que a

355 SILVA, Fernanda Duarte Lopes L. da. "Acabou-se o que era doce ...": uma análise do parágrafo único do art. 5º, da Lei n. 3.373, de 12 de março de 1958 frente à Constituição Federal de 1988. Artigo inédito, gentilmente cedido, digitado em 22 laudas, p. 8. A autora complementa o raciocínio, citando Bandeira de MELLO: "com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pre- tende firmar é a impossibilidade de desequiparações

fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e os atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimentosas para os atingidos." (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 18).

356 Veja o disposto no art. 1.628, letra "e", do Código Civil português que dispõe ser inexistente o casamento contraído "por duas pessoas do mesmo sexo". Apesar de não haver expressamente tal regra na legislação brasileira, ela é fruto de construção doutrinária e jurisprudencial a partir do sistema jurídico existente.

DIREITO DE

Constituiça às heteros dade (pote entidade f filhos (na homossex ter dois

Fláv assevera traz cons ameaçan cio da se proibida liatória, compatív sexo não consider denteme ao seu d Não se a à pessoa se, no e do mes conside atual de

A do mes base na adotar c ser adm será que da uniã do com

SARD TOV 98

Constituição veda a possibilidade de equiparar relações homossexuais às heterossexuais: "Esta vedação, implícita, se baseia na capaci- dade (potencialidade) de o homem e a mulher formarem sobre a entidade familiar constituída por eles outros vínculos através dos filhos (naturais ou adotados). Esta situação é impossível para homossexuais, pois uma mesma pessoa não pode, juridicamente, ter dois pais ou duas mães. "357

Flávia PIOVESAN, ao analisar o disposto no art. 226, § 3º, assevera que "essa norma, ao excluir a união entre homossexuais, traz consigo uma limitação aos direitos estabelecidos no art. 5º ameaçando o direito à capacidade de autodeterminação no exercí- cio da sexualidade, bem como ao direito à livre orientação sexual, proibida qualquer discriminação. "358 Adotando uma postura conci- liatória, penso que os preceitos constitucionais são perfeitamente compatíveis com a orientação de que a união entre pessoas do mesmo sexo não tem natureza de família, visto que a pessoa, individualmente considerada, tem plena liberdade a exercer sua sexualidade indepen- dentemente de qualquer discriminação e, assim, qualquer atentado ao seu direito personalíssimo à orientação sexual deve ser combatido. Não se admite, portanto, qualquer tratamento discriminatório no tocante à pessoa por força do exercício do direito à orientação sexual. Contudo, se, no exercício de tal direito, a pessoa passa a conviver com

outra do mesmo sexo, os efeitos jurídicos daí decorrentes não podem ser considerados inseridos no Direito de Família, ao menos no estágio atual do sistema normativo do direito brasileiro.

ES

a

lise

e à

LO:

pre-

22 posto e os

das.

ativo

tosas

a de,

eiros,

Se ser

pesar

to de

e.

A se admitir o raciocínio segundo o qual a união entre pessoas do mesmo sexo constitui família consistente em união estável, com base na impossibilidade de tratamento discriminatório, dever-se-ia adotar o mesmo raciocínio relativamente ao casamento, para também ser admitido o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Ou será que a formalidade do matrimônio seria óbice ao reconhecimento da união matrimonial entre homossexuais? Relembre-se: o instituto do companheirismo, de modo reflexo, está vinculado aos contornos,

357 SARDAS, Marcela e MEIRELLES, Júlio César, op. cit., p. 2.

1998, p. 181.

E

a

a.

e,

r,

1-

n,

as

er

a-

as

358 PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad.

requisitos e elementos do casamento. O convívio more uxorio nada mais é do que a posse do estado de casados. Assim, somente com a admissão jurídica do casamento entre reconhecimento homossexuais será possível o das "uniões estáveis" entre pessoas do mesmo sexo.

Na sentença proferida pelo Juiz Federal Cláudio Roberto da Silva, de Santa Catarina, foi expressamente consignado que o autor, parceiro do servidor público federal, com este constituiu família, diante da interpretação construtiva da Constituição Federal, com base na dignidade da pessoa humana, como objetivo da República Federativa do Brasil, e na igualdade encarada como princípio e garantia fundamental, in verbis: "Inadmitir efeitos a união homossexual significa verda- deira discriminação sexual, pois é o sexo do autor (em relação ao seu parceiro) que é considerado para negar-lhe o direito, tanto que, caso seu parceiro fosse do sexo feminino, a objeção desapa- receria imediatamente". Com efeito, há discrímen, expresso

no próprio texto constitucional acerca da família não-parental, formal ou não, somente se constituir entre um homem e uma mulher, sendo que a razoabilidade de tal discriminação pode ser verificada pelo modelo jurídico de controle da sexualidade pelo Estado, ou seja, aquele que toma em consideração a família matrimonial. Assim, os efeitos jurídicos que a união civil entre pessoas do mesmo sexo produzir, não estão inseridos no Direito de Família, tal como ocorria com o companheirismo no período anterior a 1988.

5. EFEITOS JURÍDICOS DA UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

No julgamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foi invocada a analogia para alicerçar a orientação de que a união civil entre pessoas do mesmo sexo é família e, como tal, os litígios fundados na entidade somente podem ser apreciados nas varas especializadas de Família, conforme se depreende do seguinte trecho do voto do relator, Desembargador Breno Moreira MUSSI: "... a analogia me leva, por todos os detalhes, a entender que, salvo o elemento discre- pante, que é a identidade do sexo, a matéria tem os mesmos componentes das digladiadas entre os casais heterossexuais".

DIREITO

Lu da analo de 1994 de parti Esse ins ultrapa mesmo

A menos pessoas obstant analogia "é evi podero porque este c disting der qu sexo e estabe deve

brasile jurídic Suces nheiro trecho objeto consic efeito, cionar

359 FAC Bere 360 PIZZ juríc

Luiz Edson FACHIN também defende o emprego do processo da analogia: "nesse horizonte, a Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994..... pode ser resgatada para sustentar a tese de direito de partilha do esforço comum entre companheiros ou conviventes. Esse instrumento legal, ..., admite, ao final, uma extensão que ultrapassa as situações de companheirato entre pessoas do mesmo sexo "359

As duas orientações partem de uma equivocada premissa, ao menos no contexto do Direito brasileiro, já que a união civil entre pessoas do mesmo sexo não é família, na acepção jurídica, não obstante seja família sociológica. Daí não ser possível a adoção da analogia in casu. Correta, portanto, a colocação de Francisco PIZZOLANTE: " é evidente que a união civil entre pessoas do mesmo sexo não poderá ser convertida, tampouco transformada em casamento, porque não se coaduna com os próprios elementos essenciais que este contrato típico e solene

exige, justamente no inerente à distinção dos sexos dos contratantes; tampouco pode-se preten- der qualquer analogia da união civil entre pessoas do mesmo sexo e a união estável, porque o dispositivo constitucional que estabelece a existência da segunda determina, claramente, que deve ser havida entre homem e mulher" 360

Apesar de não constituir uma família, no contexto do direito brasileiro atual, a união entre pessoas do mesmo sexo produz efeitos jurídicos no campo do Direito das Obrigações e do Direito das Sucessões, em situação parecida com aquela envolvendo os compa- nheiros no período anterior à Constituição Federal de 1988. Conforme trecho do voto do Ministro Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, "... O objeto litigioso deduzido em Juízo, por mais relevantes que sejam considerações paralelas, diz com o direito obrigacional. Com efeito, embora permeadas as colocações com aspectos de rela- cionamento afetivo e amoroso, de convivência humana, de busca

il

bi OS as Ho ne -e-

OS

* FACHIN, Luiz Edson, op. cit., pp. 99-100. No mesmo sentido, DIAS, Maria Berenice, op. cit. *

PIZZOLANTE, Francisco E. O. Pires e jurídico brasileiro. São Paulo: Atlas, 1999, p. 154. Albuquerque. União estável no sistema

da felicidade, as causas de pedir e os pedidos estão vinculados ao direito obrigacional". 361

Aliás, alguns desses efeitos podem também ser reconhecidos em outras uniões, como por exemplo no concubinato (estritamente considerado, e não união estável) e nas situações de convivência entre amigos e parentes. Deve ser observado que há uma certa semelhança quanto ao tratamento jurídico atual a respeito das uniões homossexuais e aquele ministrado ao companheirismo no período anterior a 1988. Há, no entanto, alguns aspectos que podem ser considerados mais benéficos aos parceiros homossexuais do que eram em relação aos companheiros do passado.

Relativamente aos efeitos pessoais entre os parceiros, conforme já comentei em outra oportunidade, "as relações pessoais existentes entre os partícipes das uniões [ ] homossexuais não podem ser comparadas com aquelas existentes entre sócios de uma socieda- de de fato,

dada a repercussão da natureza sexual normalmente própria daquelas uniões". 362 Tal como ocorria no passado em relação aos companheiros, os deveres entre os parceiros de união do mesmo sexo são decorrentes dos próprios atributos e requisitos do vínculo afetivo, sem qualquer sanção no caso de descumprimento. Assim, tais deveres se localizam basicamente na ordem moral, e não jurídica. Tal circunstância, no entanto, não é óbice à constatação da existência de deveres tais como a lealdade, a coabitação e a assistência moral e material, próprios de relações fundadas no afeto, respeito, solidariedade e consideração aos parceiros, reciprocamente.

O dever de lealdade decorre da unicidade do vínculo na união civil entre homossexuais, aplicando-se princípio monogâmico, no sentido físico e moral, com a abstenção de manter relações sexuais com terceira pessoa. Nota-se que o art. 8°, do Projeto de Lei n. 1.151, de 1995, da então Deputada Marta Suplicy, torna jurídico tal dever363 O dever de coabitação, do mesmo modo, surge como efeito da união,

* Trecho do voto proferido no julgamento do Recurso Especial n. 148897/MG, p. 123. *2 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O companheirismo: uma espécie de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 493.

363 A respeito da análise do Projeto remeto o leitor ao artigo "A Parceria Civil Registrada" (op. cit., passim), em que se discute a questão da constitucionalidade de certas regras.

diant deve instá o co rege situa estuc pode "de gride e ao de so que econ

aos c adeq do m dass conju nas u de vi perío circur

Sociec

de vid ção d admin na aqu Ou sej

diante da estabilidade e continuidade, características que também devem estar presentes na parceria, com o objetivo de distinguir uniões instáveis, transitórias e efêmeras. O dever de assistência moral espelha o conteúdo afetivo da relação, representando o elemento ético que rege e mantém a parceria consistindo em ajuda e cuidados nas situações de dor e alegria, enfermidade e felicidade. Aproveitando o estudo aprofundado de Regina Beatriz da Silva Papa dos SANTOS, podemos mencionar que tal dever merece ser considerado no sentido "de proteger e respeitar os direitos da personalidade à vida, à inte- gridade física e psíquica, à honra, à liberdade, ao segredo, à imagem e ao nome364" do parceiro. O dever de assistência material (dever de socorro) é reflexo da solidariedade e da comunhão de interesses que

normalmente existem nessas relações, representando o auxílio econômico recíproco, a repartição dos encargos, dos custos do lar.

No que tange aos efeitos patrimoniais, tal como ocorreu quanto aos companheiros, será indispensável, em termos legislativos, a adequação do Direito à realidade sociológica das uniões entre pessoas do mesmo sexo, já que tais uniões extrapolam os efeitos patrimoniais das sociedades constituídas com o objetivo comum, mediante conjugação de esforços de seus sócios. As repercussões patrimoniais, nas uniões homossexuais, surgem como reflexo direto da comunhão de vida e sentimentos mantida entre os parceiros durante certo período, não sendo razoável que um deles fique ao desamparo pela circunstância da dissolução da relação mantida entre eles.

Sociedade de Fato e Partilhamento de bens

Em virtude do fundamento do afeto, da solidariedade e do projeto de vida em comum, é freqüente nas uniões homossexuais a conjuga- ção de esforços dos parceiros, colaborando mutuamente na administração e mantença do lar, no gasto com despesas domésticas, na aquisição de bens para o maior conforto e prosperidade da união. Ou seja: é comum a participação econômico-financeira na manuten-

M4 SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. Causas culposas da separação judi- cial. Direito de família aspectos constitucionais, civis e processuais. Coord. ALVIM, Teresa Arruda. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 239.

a

a

0 is 1, 63 ño,

3.

- de

Civil

Jade

ção e desenvolvimento da parceria entre eles com o ideal de convívio duradouro, de modo harmônico e sadio. Deve, assim, ser considerada a presença de sociedade de fato entre os

parceiros, pois foi constituída apenas pelo consenso, sem formalidades, mas permitindo a produção de efeitos jurídicos patrimoniais entre os partícipes, nos termos do art. 1.369, do Código Civil.

A orientação constante da Súmula 380, do Supremo Tribunal Federal, consoante a qual "comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum" pode perfeitamente ser adotada em relação aos parceiros, sendo indispensável que se adote a distinção entre "concubinato" e sociedade de fato de acordo com a evolução jurisprudencial a respeito. A exegese da expressão "esforço comum" deve levar em conta a perfeita adequação do Direito à realidade da união homossexual, razão pela qual indispensável se faz observar a tendência do Superior Tribunal de Justiça acerca das uniões companheiris antes de 1994, para reconhecer a contribuição indireta como fonte geradora da sociedade de fato, encaixando-a na noção de esforço comum, para efeito de partilhamento de bens. Como assentou o Min. Ruy Rosado de AGUIAR, no seu lapidar voto no Recurso Especial n. 148897/MG, "o comportamento sexual deles pode não estar de acordo com a moral vigente, mas a sociedade civil entre eles resultou de um ato lícito, a reunião de recursos não está vedada na lei e a forma- ção do patrimônio comum é conseqüência daquela sociedade".

Como não pode ser aplicada a analogia, as Leis ns. 8.971/94 e 9.278/96 não incidem na união de pessoas do mesmo sexo. Não há, assim, um critério rígido de partilha e, como o assunto está fora do Direito de Família, deve ser considerado lícito o acordo celebrado entre os parceiros, disciplinando a atribuição dos bens entre eles, desde que não sujeitos a qualquer vício de consentimento (o que, diga-se en passant, é bastante freqüente, em relação de tal natureza).

Indenização por serviços prestados

Tal como ocorria em favor da companheira, historicamente, hoje é possível o reconhecimento do direito à indenização ao parceiro

DIREIT

que rea pelo be para o houver O fund o enric verdac materi ou sej nature

Institu

C

jurídic restriç incide Códig benéfi de test inexis benef

está er de far tende outros Direito

C

a regul do me de fam de 199 contin do tex civil e estáve

MA

io da da ão do

que realizou atividades domésticas, administrando o lar e zelando pelo bem-estar da união de ambas, propiciando paz e tranqüilidade para o outro bem exercer suas atividades profissionais, quando não houver aquisição onerosa de bens, durante o período de convivência. O fundamento do direito à indenização se assenta na idéia de reprimir o enriquecimento sem causa por parte de um dos parceiros: mas, na verdade, o alicerce de tal direito é reparar a perda da assistência material que um dos parceiros recebia do outro, durante o convívio, ou seja, reparar a quebra do dever moral de assistência, com nítida natureza alimentar.

Instituição como herdeiro testamentário ou legatário

al de al, دو de se ta la al тa de de de 3, a m a- ". 4 e ná, do do sde

en

O parceiro homossexual, por não manter qualquer relação jurídico-familiar com o outro, não é herdeiro legítimo, mas pode, sem restrição, ser instituído herdeiro testamentário ou legatário. Não há a incidência de qualquer uma das restrições previstas no art. 1.719, do Código Civil. Nesse aspecto, há de se reconhecer tratamento mais benéfico aos parceiros destas uniões, comparativamente à "concubina" de testador casado, prevista no art. 1.719, inciso III. Da mesma forma, inexiste óbice à doação entre eles, e à instituição do parceiro como beneficiário do seguro de vida do outro.

O Direito de Família, no limiar da passagem para o novo milênio, está em constante mudança, aproximando-se, a cada dia, dos modelos de família sociológica. Urge acentuar que o tratamento normativo tende a, paulatinamente, estender seu campo de aplicação, abrangendo outros modelos de estrutura familiar anteriormente excluídos do Direito.

Contudo, no Direito brasileiro, uma advertência deve ser feita: a regulamentação dos efeitos internos e externos, da união entre pessoas do mesmo sexo, não conduzirá ao reconhecimento de novo modelo de família jurídica. Ou seja: caso aprovado o Projeto de Lei n. 1.151, de 1995, da Deputada Marta Suplicy, a natureza da união homossexual continuará fora do Direito de Família, sendo indispensável uma reforma do texto constitucional, nesse particular, para admitir

o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo e, conseqüentemente, a “união estável" entre pessoas do mesmo sexo. Do contrário, estar-se-ia

te, eiro

DIREI

infringindo o texto da Constituição Federal que ainda hoje reconhece a família matrimonial como modelo ideal de entidade familiar e, assim, para que seja atendida a norma que estimula a constituição de famílias formais, não é possível admitir apenas a introdução de família informal entre parceiros homossexuais.

Importante notar a observação da Desembargadora Maria Berenice DIAS acerca do Projeto de Lei n. 1.151: "Esse projeto, mesmo que venha a se transformar em lei, não pode ser identi- ficado como regulamentador da união homossexual, pois deixa à margem as relações que se romperam sem referendo contratual, que permanecem carentes de previsão legislativa" 365

Resta expressar a preocupação da doutrina, em sua maioria: "Apesar disto, e como é amplamente sabido e repetido, o eventual e futuro reconhecimento de uniões que tais, como entidades fami- liares, deverá certamente percorrer, ainda, um caminho árduo e preconceituoso, cujo sucesso não pode ser objeto, hoje, de um prévio diagnóstico" 366

II - ACÓRDÃO

RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO

Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais.

Agravo provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 599075496;

OITAVA CÂMARA CÍVEL; PORTO ALEGRE;

AGRAVANTE E CE,

365 DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 294.

ni-

S

AGRAVADA ESC,

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

A Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por unanimidade, acorda em dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Antonio Carlos Stangler Pereira, Presidente, e José S. Trindade.

Porto Alegre, 17 de junho de 1999.

Des. Breno Moreira Mussi, Relator.

RELATÓRIO

DES. BRENO MOREIRA MUSSI (RELATOR)

Decisão. Trata-se de declaração de incompetência do magistrado da 5ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Alegre, encaminhado os autos para redistribuição a uma das Varas Cíveis.

O motivo está no fato de que a relação em causa (litígio patrimonial decorrente da separação de sociedade de fato entre duas mulheres) não é uma relação familiar, resultante de união entre homem e mulher, excluída, assim, da regência dos incisos III e IV do art. 73 do COJE, e art. 9º da Lei n. 9.278, de 10.5.1996.

Agravo. Tempestivo e preparado.

Fundamentos: a) não é possível, nos dias de hoje, desconhecer as uniões homossexuais; b) no caso, existiu um relacionamento de concubinato», pois as partes dividiam <<cama, mesa, proventos, amor, solidariedade, companheirismo e mais outros sentimentos inerentes aos casais heterossexuais».

-se as

Requer seja liminarmente deferido efeito suspensivo ao cumprimento da decisão atacada e, ao final, julgado procedente o agravo.

Adiantamento. Ao receber o recurso, mantive o feito na Vara de Família, nos seguintes termos (fl. 65):

<<Processar o agravo, com efeito suspensivo, na medida em que a matéria de fundo envolve gama de interesses inseridos no Juízo de Família. O componente discrepante - identidade de sexos - comporta visualização similar, quanto ao mais. Sendo assim, em princípio, razoável processar o feito no juízo especializado».

Informações. Noticiam que a agravante entregou cópia do recurso no cartório, cumprindo o disposto no art. 526 do CPrCv (fl. 68).

Ministério Público. Opina pelo improvimento (fls. 70/72).

É o relatório.

VOTO DES. BRENO MOREIRA MUSSI (RELATOR)

1. A definição da competência, no caso concreto, parte de três pontos. O primeiro diz respeito à especialização das Varas.

O sistema do judiciário gaúcho optou por uma das vertentes possíveis, em matéria de prestação jurisdicional, na medida em que especializou determinados Juízes para receber certos tipos de demanda.

Há quem contrarie a tese, porque o fato de especializar diminuiria o horizonte dos juízes, deixando-os bitolados, fazendo com que percam a noção sistemática.

Em princípio, todos os Juízes da Capital teriam, teoricamente, competência territorial para conhecer de todas as demandas ocorrentes em Porto Alegre. Há vários Estados da Federação em que é assim.

Porém, ao optar por especializar determinados Juízes para certos temas, o Rio Grande do Sul previu a preparação profissional específica, fazendo com que o juiz cada vez mais se aprofundasse e tivesse melhores condições para enfrentar a matéria.

Isso não ocorre só no mundo do Direito, mas também na Medicina, Odonto- logia e em outros ramos. No Direito, sabemos determinados advogados trabalham somente matéria tributária, em matéria penal tem outros especializados, e assim por diante. O que não apaga, também, a circunstância de termos advogados genera- listas, que atuam com excelente proficiência, em diversas áreas.

É de longa data que o Judiciário gaúcho chegou ao ponto da especialização. Ao mesmo tempo, há Estados que deixaram as Varas de Família inseridas nas varas cíveis comuns.

Em nosso Estado, acredita-se que os Juízes, certamente por trabalharem diuturnamente os temas, adquiririam a experiência, sensibilidade, e profundidade naquelas matérias próprias ao assunto, que lhes são submetidas ao conhecimento, o que levaria à maior justiça das decisões mais justas.

A especialização também foi levada à segunda instância, com as Câmaras de Família (1). Por estarmos tratando toda a semana somente questões de Família (2), estaríamos mais habilitados para entrar no detalhamento, na sutileza e na sensibi- lidade destas relações.

A especialização existe em função desse detalhamento. 2. O segundo ponto, também muito importante, é a questão da discriminação.

A nossa Constituição está na esteira das legislações modernas, democráticas, em que sempre aparece uma proibição absoluta de discriminar em razão do sexo. Seu art. 3º, inciso IV, assim dispõe, verbis:

Bras

cor,

da n

públ hom

discr flagr fazer Magi apres repel

algué desen dos s relaçã

mesm com c

em leg § 3º. L Magna

trouxe

M

não imp vidade,

vidas ne

C difere

nheirism

N

SGAMA

<<Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.>>>

Mas nós sabemos que não é assim. A discriminação existe em vários setores da nossa sociedade, e não apenas em relação à questão da homossexualidade.

Falo na discriminação contra a mulher, por exemplo. Salvo nas carreiras públicas, a tendência é a de a mulher receber menos pelo mesmo trabalho que o homem faz.

Os casos do negro, do pobre, do deficiente físico, todos eles abertamente discriminados. Quando entramos em temas de homossexualidade, tudo se põe mais flagrante. Apesar de a Constituição dizer que não se pode discriminar, nós o fazemos, com freqüência. Desconheço, por exemplo, que no quadro da Magistratura gaúcha haja algum homossexual declarado. E tenho certeza que, apresentando-se alguém, em tais condições, querendo ser Juiz, terá a sua inscrição repelida, mesmo sendo pessoa com as melhores qualificações.

Ontos.

is, em

nados

izonte

tica.

etência vários

mas, o

m que

frentar

donto-

Dalham

e assim

genera-

A orientação sexual é direito da pessoa, atributo da dignidade. O fato de alguém se ligar a outro do mesmo sexo, para uma proposta de vida em comum, e desenvolver os seus afetos, está dentro das prerrogativas da pessoa. A identidade dos sexos não torna diferente, ou impede, o intenso conteúdo afetivo de uma relação emocional, espiritual, enfim, de amor, descaracterizando-a como tal.

Esta circunstância é por demais relevante. O fato de serem as litigantes do mesmo sexo não impediu a concretização de um relacionamento afetivo entre ambas, com conseqüências idênticas aos entretidos pelos casais de sexos diversos.

ização.

das nas

A longa e sofrida jurisprudência em favor da companheira, hoje transformada em legislação, terminou sendo inserida, dentro da Constituição, como se vê do art. 226, § 3º. Dito dispositivo fala em homem e mulher, trazendo para o ventre da Carta Magna o casamento de fato.

alharem

ndidade

cimento,

Câmaras

mília (2),

sensibi-

do ponto,

nocráticas,

do sexo.

Eu diria que o Constituinte retirou debaixo do tapete a união estável, e a trouxe para o sofá da sala.

Não teve, porém, o mesmo cuidado com as relações homossexuais. Mas isto não impede o reconhecimento que uma ligação homossexual, em termos de afeti- vidade, tem exatamente os mesmos componentes da heterossexual.

Como diz a parte agravante, numa síntese muito bem feita, as pessoas envol- vidas nesta relação <<dividiam cama, mesa, proventos, amor, solidariedade, compa- nheirismo e mais outros sentimentos inerentes aos casais heterossexuais». A única diferença, no caso concreto, é que, legalmente, não podem casar, uma com a outra.

Mas toda união estável tem que resultar ou possibilitar um casamento? Não consigo ver no ditame da Constituição (3) - <<devendo a lei facilitar sua conver- são em casamento» -, também, este componente.

Vejo a união estável como a relação em que as pessoas não estão preocupadas com o casamento. Pode ocorrer, inclusive, que justamente não querem é o matrimônio, sem que a relação deixe de ser uma união estável.

O único elemento discrepante, dentro deste conceito, está na homossexua- lidade. Este é o caso concreto.

Não me impressiona o argumento de que se trata de simples questão patri- monial. Isto porque as demandas nas quais se discute patrimônio, numa união heterossexual - casamento com ou sem papel - vão para a Vara de Família.

Os autos trazem rigorosamente a mesma questão. Então, isola-se perfeita- mente, no presente caso, a definição do sexo das pessoas envolvidas, que passa a ser o fator determinante.

A matéria não recebe o andamento que merece, pelo seu conteúdo, pela discriminação. Aberta ou veladamente, a identidade de sexo transforma o afetivo numa relação civil ou comercial comum, como se fosse aluguel, compra e venda, participação societária, ou algo da mesma natureza.

Em que pese opiniões diversas, não me parece razoável, nos tempos atuais, desconhecer a realidade que demonstra, a todo momento, a existência de relações do tipo das que aqui se discute e que, com certeza, hão de merecer especial e adequada solução.

3. Agora o terceiro ponto.

Consigo ir mais longe do que a letra fria da lei, ao vislumbrar uma situação analógica, no caso concreto.

Ao que me consta, a matéria ainda não foi regulamentada, pelo Congresso Nacional. Não há artigo de lei que proíba uma relação afetiva entre duas pessoas

do mesmo sexo. Aliás, nem poderia, ante as garantias constitucionais.

Porém, o fato de uma hipótese, rigorosamente, não existir na lei, jamais levará ao ponto de fazer desaparecer o fenômeno social, como se a omissão legislativa fosse capaz de suprimir a homossexualidade.

Quando não está na lei, o operador deve socorrer-se da analogia, para preencher a lacuna. Assim o dizem os arts. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e 126 do Código de Processo Civil.

Na verdade, é impróprio falar em lacuna. O ordenamento jurídico, visto como um todo, encarrega determinados órgãos - no caso os juízes - para atribuí- rem soluções aos casos concretos, mesmo naquelas situações em que não existem regras legais específicas.

Como asseveram Aftalión, Garcia y Vilanova (4), verbis:

<<<Contra la opinión de algunos autores, que han sostenido que en el ordena- miento jurídico existen lagunas o sea, casos o situaciones no previstas que sería necesario llenar o colmar a medida que las circunstancias mostrasen la

DIREITO D

conveniencia todos los ca

(...) M

Na si que, salvo c mesmos co

Não alimentos, exemplo, im sexo. Se fo presentes c ao invés de

Om situações c acontecime

Qua cometidas legislativo enquanto c Os bens fi dos serviço os aportes e outros m trabalho do

Mui moralismo uma vida,

Tam (homem e de Família.

A qu positivas d ações posit dar guarida

4. C

Crei

a homosse vazia, de c sexo, mas,

conveniencia de hacerlo, debemos hacer notar que el ordenamiento jurídico es pleno: todos los casos que puedan presentarse se encuentran previstos en él (...)

(...) No hay lagunas, porque hay jueces».

Na situação dos autos, a analogia me leva, por todos os detalhes, a entender que, salvo o elemento discrepante, que é a identidade do sexo, a matéria tem os mesmos componentes das digladiadas entre os casais heterossexuais.

Não me assusto, também, com o medo da possibilidade de ação de alimentos, ou demandas paralelas. Há tantos temas em aberto, deferindo-se, por exemplo, inscrição como beneficiário em plano de saúde, para as pessoas do mesmo sexo. Se for ajuizada alguma ação de alimentos, cumpre examiná-la, ver se estão presentes os elementos valorativos indispensáveis ao conhecimento da questão, ao invés de indeferir, pura e simplesmente, discriminando a homossexualidade.

O mesmo se pode dizer quanto ao direito de concorrer à herança, e outras situações que a vida, no seu trabalho multifacetado e incomparável para criar acontecimentos, for capaz de apresentar.

Quando surgem estas demandas, é bom lembrar as injustiças que foram cometidas contra os partícipes das uniões estáveis, antes de receberem os avais legislativos. Normalmente as mulheres eram afetadas, pois ficavam em casa, enquanto os varões saíam para a batalha do ganha-pão, e traziam o dinheiro. Os bens ficavam em seus nomes. A muito custo, se evoluiu pela «remuneração dos serviços prestados», sociedades de fato (nas quais a mulher deveria comprovar os aportes financeiros - tarefa impossível -, para ter direito a partilhar os bens), e outros modos de se fazer justiça, até chegar no sistema atual, que valoriza o trabalho doméstico.

Muitos testamentos e doações foram anulados, com base em falsos moralismos, quando tais atos apenas tentavam garantir as companheiras de toda uma vida, na mais plena observância dos padrões éticos.

Também é importante dizer que as demandas relativas a uniões estáveis (homem e mulher), até pouco tempo, não corriam no juízo especializado das Varas de Família.

A questão das minorias exige, nos sistemas constitucionais modernos, ações positivas de proteção. Na parte do Judiciário, que não faz leis, e as aplica, as ações positivas podem ter curso através de uma interpretação integradora, e sem dar guarida a qualquer forma de discriminação, velada ou aberta.

4. Conclusão.

Creio que na entrada do terceiro milênio, não cabe mais fazer de conta que a homossexualidade não existe, nem deixar constar na Constituição uma quota vazia, de cunho meramente formal, dizendo que é proibida a discriminação por sexo, mas, ao mesmo tempo, acatar que se continue discriminando, em tal matéria.

D

Ri

Se

pa

tra

É função do Direito acompanhar a evolução dos tempos e, na ausência de leis que venham a dirimir as questões homossexuais apresentadas, sejam elas entre homens ou entre mulheres,

formar, através da jurisprudência, uma regulamentação da matéria, de acordo com as normas gerais do ordenamento jurídico.

Com certeza, no caso em discussão, não estamos frente a um negócio jurídico, a ser solvido pelas varas cíveis generalistas.

O relacionamento entre as partes foi bem mais além, pois teve curso, do início ao fim, nos sentimentos que estimulam emocionalmente as pessoas, cujas sutilezas correspondem ao que levou o legislador gaúcho especializar as varas de família.

Como a Constituição Federal proíbe a discriminação pelo sexo, sou pelo exame da causa junto ao juízo especializado. Com o que, estou tornando definitivo o adiantamento.

Isto posto, dou provimento.

DES. JOSÉ S. TRINDADE - Revisados os autos, concordo integralmente com o eminente relator para estabelecer que a competência para apreciar e julgar a ação de dissolução de sociedade de fato com divisão de patrimônio movida pela agravante contra a agravada, é da Vara de Família.

Examinando-se a inicial da ação acostada às fls. 10/14, verifica-se que o pedido da ora agravante baseia-se, efetivamente, em relação de afeto mantido com a agravada, conforme muito bem salienta o nobre relator. Consubstanciada ficou a competência das Varas e Câmaras de Família, para apreciar a ações referentes ao concubinato - atualmente união estável -mantida entre o homem e a mulher.

Discriminação, à toda evidência, não pode ser feita quando se tratar de união entre pessoas do mesmo sexo, por afronta à Carta Magna que proíbe qualquer discri- minação, segundo bem destacado no voto do Desembargador Breno Moreira Mussi.

Serve como paradigma precedente do colendo Superior Tribunal de Justiça, ao retratar o descabimento de preconceitos contra os homossexuais, e, por isso, sua ementa merece transcrição:

<<<RESP - PROCESSO PENAL - TESTEMUNHA - HOMOSSEXUAL - A história das provas orais evidencia evolução, no sentido de superar preconceito com algumas pessoas. Durante muito tempo, recusou-se credibilidade ao escravo, estrangeiro, preso, prostituta. Projeção, sem dúvida, de distinção social. Os romanos distinguiam - patrícios e plebeus. A economia rural, entre o senhor do engenho e o cortador da cana, o proprietário da fazenda de café e quem se encarregasse da colheita. Os Direitos Humanos buscam afastar distinção. O Poder Judiciário precisa ficar atento para não transformar essas distinções em coisa julgada. O requisito moderno para uma pessoa ser testemunha é não evidenciar interesse no desfecho do processo. Isenção, pois. O homossexual, nessa linha, não pode receber restrições. Tem o direito-dever de ser testemunha. E mais: sua palavra merece o mesmo crédito do

heterossexual. Assim se concretiza o princípio da igualdade, registrado na Constituição da República e no Pacto de San Jose de Costa

CC pel по RC

esp efet na V

men mais origi heter junta pesso respe sexua difere tamer sexua

sentido tendên teses de campo aventad com pe demons patrimo dos Trib

Fam

Rica.» (REsp n. 154.857/DF, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Sexta Turma, julgado em 26.5.1998).

Ainda, também o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu o direito a partilha de bens entre homossexuais, em inovador julgamento, merecendo transcrever a ementa do precedente:

<<<SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. PARTILHA DO BEM COMUM. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos no art. 1363 do C. Civil.» (Resumo) (REsp n. 148.897/MG, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Quarta Turma, julgado em 10.2.1998).

Assim, já tendo sido a matéria enfrentada inclusive pelo STJ em Turma especializada em Direito de Família, mais uma razão para se entender que, efetivamente, assiste razão à agravante ao pretender o exame da ação intentada, na Vara de Família.

Acompanho o relator, provendo o recurso.

DES. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA - Hoje, o relaciona- mento de pessoas do mesmo sexo é uma realidade evidente. Não se escondem mais esses relacionamentos como antigamente acontecia. O patrimônio adquirido origina-se do esforço comum, tal como acontece em relações de companheiros heterossexuais. Os sentimentos que motivam duas pessoas do mesmo sexo a viverem juntas são os mesmos que motivam os heterossexuais. A preferência sexual é pessoal de cada homem ou mulher. No mais das vezes, há mais fidelidade, amor e respeito entre os homossexuais do que entre os heterossexuais. Se para os heteros- sexuais os homossexuais são diferentes, estes, em seus direitos, não podem ser diferenciados só porque a nossa sociedade judaico-cristã tem com padrão de compor- tamento

sexual a heterossexualidade. O patrimônio, se resultante de união heteros- sexual ou homossexual, é o mesmo, portanto, a competência é da Vara de Família.

Acrescento o que diz Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

<<<Há precedentes jurisprudenciais em matéria de união homossexual no sentido do reconhecimento da existência de sociedade de fato, e, certamente, a tendência será justamente que tal reconhecimento se estenda também para hipó- teses de concubinato e de convivência entre parentes e amigos. Há, nesta matéria, campo aberto para a perfeita aplicação da doutrina da sociedade de fato, tal como aventada na oportunidade da edição da Súmula n. 380 do Supremo Tribunal Federal, com perfeita adequação à nova realidade, inclusive quanto à exigência de ser demonstrada a contribuição direta dos partícipes na aquisição ou incremento patrimonial.» («O companheirismo. Uma das espécies de família». Editora Revista dos Tribunais, p. 494)

Este o registro que faço para também acolher a competência da Vara de Família e Sucessões.

206-EDITORA JUAREZ DE OLIVEIRA

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 599075496 DE PORTO ALEGRE <<<DERAM PROVIMENTO. UNANIME.>>>

Decisor de 1º Grau: Dr. Nelson José Gonzaga.

NOTAS

(1) 7ª e 8ª Câmaras Cíveis, as quais perfazem o 4º Grupo Cível.

(2) Como também Sucessões, Infância e Juventude, e Registro Civil, como consta do Regimento Interno da Corte.

(3) Art. 226, § 3º, in fine.

(4) Introducción al Derecho, n lo 27, p. 233, Buenos Aires, 1975.

III – FILIAÇÃO E REPRODUÇÃO ASSISTIDA SOB A PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E CON CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Diante de um enfoque necessariamente constitucional, em matéria de surgimento de vínculos de paternidade, maternidade e filiação, mormente nos casos de reprodução humana

medicamente assistida, 367 é imperioso inicialmente indagar se há direito fundamental do homem à perpetuação de sua linhagem, com a adoção de técnicas especializadas ou, mais sucintamente, se há direito constitucional à reprodução assistida, ou se somente haveria direito subjetivo à procriação artificial. 368 A respeito do tema, Heloisa Helena BARBOZA situa a controvérsia existente, mencionando que "se entendido como direito fundamental, não há que se criar qualquer impedimento

367 Em trabalho acerca do tema, Sérgio FERRAZ considera a necessidade de compa- tibilizar o controle da atuação científica à investigação biológica: "É nítido, para nós juristas, que a concepção de família e a própria idéia da dignidade humana instituição e valor fundamentais da sociedade e do homem - estão seriamente implicadas nesta tensão" (op. cit., p. 11), sugerindo, assim, que a aparente anti- nomia possa ser solucionada através dos princípios constitucionais.

368 Sobre a questão terminológica, a doutrina ainda é bastante vacilante, como aponta João Álvaro DIAS (Procriação assistida e responsabilidade jurídica, p. 15).

S

369

f

d

C

Ce fa 19 pla que dir. DIA

370

CAMA

às técnicas que resultem na ausência de um dos genitores "369, como, por exemplo, no caso de inseminação artificial de mulheres solteiras. A posição do Parlamento Europeu, no entanto, é contrária a tal orien- tação, sustentando que os fundamentos éticos devem reger o tema relativo à procriação artificial, com limitações próprias e inerentes ao objetivo de proteger o bem-estar da criança. 370 "Em qualquer caso, a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida tem de ater-se ao respeito dos princípios jurídicos fundamentais em matéria de protecção da família, filiação e direitos do nascituro a uma correcta inserção familiar e bem assim dos direitos invio- láveis do homem, sendo de repudiar toda a operação de enge-

nharia genética que não seja benéfica para aquele que vai nascer" 371 Na Espanha, por exemplo, "Ley de Técnica de Repro- duccion Assistida", de 31 de maio de 1988, considerou possível a adoção das técnicas de reprodução assistida pela mulher não vinculada, formal ou informalmente, a um parceiro.

"O princípio constitucional do respeito à dignidade de pessoa humana implica um compromisso do Estado e das pessoas para com a vida e a liberdade de cada um, integrado no contexto social: (...) a cada um é reconhecido o direito de viver livremente,

m e te al as à à A 20 to

369 Heloisa Helena BARBOZA comenta que nos Estados Unidos da América o enten- dimento prevalente, a partir de alguns Julgados, é no sentido de que o casamento e a procriação são fundamentais para a própria existência da espécie humana, razão pela qual não pode o Estado interferir na decisão de gerar ou obter uma criança, podendo ser adotado o método de procriação de escolha pelo interes- sado. (A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro". Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p.38) Sobre o tema, importante notar a obser- vação feita pelo professor Eduardo de Oliveira Leite que, ao analisar o direito de família norte-americano, aponta que as faculdades de casar, de educar os filhos, de decidir acerca da procriação "são considerados pelo povo norte-americano como setores eminentemente privados onde a atuação da legislação é aceitável com considerável dificuldades, o que gera, frequentemente, conflitos entre a família e Estado"(Temas de direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 30).

a- ra na te ti-

ta

370 O assunto é polêmico e deve ser focalizado também levando em consideração o planejamento familiar, sob a ótica dos direitos reprodutivos que, de acordo com a Conferência de Beijing, "constituem parte inalienável dos e direitos sexuais, direitos humanos universais e indivisíveis." (PIOVESAN, Flávia, op. cit., p.176). 371 DIAS, João Álvaro, op. cit., p. 157.

E

mo

em harmonia com o todo social, com a certeza de que suas virtua- lidades poderão expandir-se e concretizar-se, num conceito cole- tivo a todo benefício". 372 No âmbito internacional, há o relatório sobre inseminação artificial humana aprovado em 1981 pela Comissão da Assembléia

Parlamentar do Conselho da Europa que, na exposição de motivos, aponta "as repercussões negativas para a criança, especialmente sobre o seu equilíbrio psíquico, que o desconhecimento da paternidade pode causar e propugna-se o abandono da inseminação medicamente assistida fora do casamento, que se considera fonte de uma esclarecida humanidade" 373 No Direito espanhol, María Carcava FERNÁNDEZ trata do tema, à luz dos princípios constitucionais, realçando que "dos son los preceptos constitucionales que más sólidamente pueden apoyar el derecho de la mujer sola a ser inseminada artificialmente: uno, el princípio de igualdad ante la ley (art. 14, CE), outro el principio de libre desarollo de la personalidad (art. 10-1, CE)". 374 Há elemento razoável de discrímen quanto à mulher que vive sozinha e outra que vive em união estável (ou mesmo casada) para efeito de autorizá-la a adotar uma das técnicas de reprodução assistida?

No direito brasileiro, há norma constitucional que expressamente cuida do planejamento familiar, estabelecendo liberdade de decisão do casal acerca deste assunto, desde que respeitados os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, e impondo o dever estatal de fornecer recursos educacionais e cientí- ficos para o exercício de tal direito. É proibida a adoção de qualquer mecanismo coercitivo por parte das instituições oficiais ou privadas para que se implemente o planejamento familiar. 375 Tais regras estão

372 FERRAZ, Sérgio, op. cit., p. 20.

373 DIAS, João Álvaro, op. cit., p. 30. A lei sueca n. 1.140, de dezembro de 1984, em seu art. 2º, somente permite a inseminação artificial em caso de relação heterossexual estável, impedindo no caso de mulher sozinha ou em união de

pessoas do mesmo sexo. 374 FERNÁNDEZ, María Carcaba. Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1995, p. 135.

375 Silvia PIMENTEL comenta: "A questão da inseminação artificial e da engenha- ria genética não aparece expressamente na Carta Magna, mas encontra neste preceito certo embasamento", ao se referir ao dispositivo que cuida da remoção de órgãos, tecidos e substâncias (op. cit., p. 16).

DIREIT

previst 1996 se titucion restrita conside esta Le de qual incluin reprodu a mono Flávia F mental não pode se coerç sentido, do Rio de

"A da mulhe de polític lação da do casal, la:[...] V ao direito dos grupo

Have Parece-me crático que principalme incluindo a r no planejan paternidade reprodução contexto acer vendo ser

previstas no § 7º, do art. 226, do texto constitucional, sendo que em 1996 sobreveio a Lei n. 9.263, que passou a regular, em nível infracons- titucional, normas a respeito do planejamento familiar, não mais restritas ao casal, mas também ao homem e à mulher, individualmente considerados. De acordo com o tratamento normativo fornecido por esta Lei, pode-se depreender o reconhecimento da existência do direito de qualquer pessoa (homem ou mulher) ao planejamento familiar, incluindo a adoção de técnicas de fertilização para que haja a reprodução humana, o que conduz à constatação de que a lei autoriza a monoparentalidade obtida via procriação assistida. Na dicção de Flávia PIOVESAN, "todas as pessoas têm assim o direito funda- mental à saúde sexual e reprodutiva"376, e, desse modo, o Estado não pode interferir na vida sexual e reprodutiva da pessoa, inadmitindo- se coerção, discriminação e violência na opção individual. Nesse sentido, observa-se o tratamento dado pela Constituição do Estado do Rio de Janeiro:

"Art. 291. O Estado garantirá assistência integral à saúde da mulher em todas as fases de sua vida através da implantação de política adequada, assegurando[...]: II - direito à auto-regu- lação da fertilidade como livre decisão da mulher, do homem ou do casal, tanto para exercer a procriação quanto para evitá- la;[...] V - adoção de novas práticas de atendimento relativas ao direito de reprodução mediante consideração da experiência dos grupos ou das instituições de defesa da saúde da mulher".

Haveria inconstitucionalidade parcial da Lei n. 9.263/96? Parece-me que não, diante do modelo pluralista, solidarista e demo- crático que informa o sistema contemporâneo do Direito de Família, principalmente quanto à multiplicidade de organizações familiares, incluindo a monoparentalidade. As únicas limitações quanto à liberdade no planejamento familiar são a dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável, o que implica a assertiva de que o direito à reprodução assistida não pode ser considerado senão dentro do contexto acentuadamente solidarista e humanista do Direito de Família, devendo ser avaliado previamente. Assim, no sistema jurídico-

376 PIOVESAN, Flávia, op. cit., p. 201.

constitucional, interesses meramente pessoais da pessoa que pretende obter o auxílio de técnica de procriação artificial, como, por exemplo, escolher o sexo do filho, ter gêmeos ou escolher o tipo físico da criança, não podem autorizar tal prática. Correta, pois, a conclusão de Gustavo TEPEDINO:

"... as técnicas de procriação assistida, para serem compa- tíveis com a ordem constitucional, devem se desassociar de motivações voluntaristas ou especulativas, prevalecendo sempre, ao contrário, quer como critério interpretativo - na refrega de interesses contrapostos -, quer como premissa de política legisla- tiva, o melhor desenvolvimento da personalidade da criança e sua plena realização como pessoa inserida no núcleo familiar".377

A Lei n. 9.263/96 cuida das atividades de assistência à concepção, podendo ser adotados os métodos e técnicas cientifi- camente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, impedindo que sejam usados para experimentos ou pesquisas: "o art. 3º da mencionada lei situa o planejamento familiar no conjunto de ações de atenção integral à saúde e de atenção à mulher, ao homem e ao casal, obrigando as instâncias gestoras do sistema técnico de saúde a garantir tais ações e programas de atenção integral à saúde, de forma a incluir, entre outras atividades básicas, a assistência à concepção... "378. Não atende

377 TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil, pp. 413-414. Pietro PERLINGIERI acentua que é possível solucionar as questões decorrentes de inseminação artifi- cial a partir dos princípios relativos aos problemas das pessoas, tratados no texto constitucional: "Não se pode, certamente, afirmar que no ordenamento a regra seja a inseminação artificial, e a união homem e mulher, a exceção. Considerar o recurso à inseminação artificial como excepcional não equivale a exprimir um juízo negativo sobre a mesma. A qualificação de excepcional significa que o emprego de tal técnica é possível somente quando se torna instrumento que não pode ser eliminado, ou que é muito útil ao pleno desenvolvimento da pessoa; nesta hipótese ela realiza principalmente o direito à saúde e insere-se na assistência sanitária nacional. (...) Não existirá direito à prestação sanitária gratuita somente quando o recurso à inseminação for motivado por escolhas arbitrárias." (Perfis..., pp. 175-176). Nesse mesmo sentido, pode-se apontar a posição de Sérgio FERRAZ: "a inseminação artificial, ou outras técnicas genéticas aperfei- çoadas, só se apresentam admissíveis se levarem em conta a dignidade da

pessoa humana" (Manipulações biológicas..., p. 30). PIOVESAN, Flávia, op. cit., p. 182. 378

ao pri de a p rev resp os f cida

tecn envo os ru raçãc igual a sab eleme mais repres Técnic insemi intra F e subes exempl necessi com o e materno-

"Fe

compree sivo conf natórios

379 SAUWEN

eiro: L HIM

OSO,

1997

A

ao fundamento da dignidade da pessoa humana e, muito menos, ao princípio da paternidade responsável, a adoção de qualquer técnica de reprodução assistida sob o manto do determinismo genético para a prática de eugenia ou assemelhada. "Os grandes impactos que a revolução biotecnológica provoca sobre o Direito atual dizem respeito sobretudo aos seguintes itens: o sentido da procriação, os fundamentos da filiação, as estruturas familiares e a especificidade e intangibilidade dos seres humanos. "379

O Direito de Família sofreu direta repercussão dos avanços tecnológicos na área da reprodução humana, mormente na questão envolvendo as fontes da paternidade, maternidade e filiação. Entre os rumos das transformações das relações familiares, a reestrutu- ração da família do tipo patriarcal para uma organização democrática, igualitária, pluralista permitiu a ocorrência de importante fenômeno, a saber, a desbiologização – a substituição do elemento carnal pelo elemento afetivo ou psicológico. "A posse de estado é a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação afetiva"380, representando uma das formas mais notórias de desbiologização. Técnicas de reprodução humana medicamente assistida, como a inseminação artificial, a fivete (fecundação in vitro), gift (gametes intra Fallopian Transfert), zift (transferência intratubária de embriões) e subespécies como a CAI (Confused Artificial Insemination), por exemplo, somente são legítimas e constitucionais desde que haja efetiva necessidade da adoção de qualquer uma das técnicas, combinado com o elemento anímico para o estabelecimento do vínculo paterno- materno-filial.

"Família, filhos e casamento: sobre esse tríplice assento a compreensão jurídica da paternidade veio informada por expres- sivo conjunto de valores, em regra operados por juízos discrimi- natórios e de exclusão". 381 Dentro da perspectiva da eliminação

379 SAUWEN, Regina Fiuza e HRYNIZWICZ, Severo. O Direito "In Vitro". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 35.

380 VELOSO, Zeno. Direito brasileiro da filiação ros, 1997, p. 36. e paternidade. São Paulo: Malhei-

381 FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 81.

e

p,

a

da desigualdade entre os filhos, a paternidade e maternidade passam necessariamente por uma releitura, pois atualmente "ter pai" e "ter mãe" representam direitos resultantes dos princípios constitucionais da paternidade responsável, da isonomia entre os filhos e da garantia à convivência familiar. Nas palavras de Gustavo TEPEDINO: "... o extenso conjunto de preceitos reguladores do regime patrimonial da família passa a ser informado pela prioridade absoluta à pessoa do filho. O critério hermenêutico, sintetizado na fórmula anglo-saxônica "The best interest of the child", colhido por nossa mais sensível jurisprudência, adquire, entre nós, conteúdo normativo específico, informado pela cláusula geral de tutela da pessoa humana introduzida pelo art. 1º, III, da Constituição Federal e determinado especialmente no art. 6º da Lei n. 8.069/90 "382.

Como bem observou Heloisa Helena BARBOZA:

"a partir do momento em que se tornou possível interferir na reprodução humana, por meio de técnicas, estremeceu-se forte- mente um dos fatos geradores do aludido complexo de relações. A procriação deixou de ser um fato natural, para subjugar-se à vontade do homem "383.

No mesmo sentido, confira a posição de Carlos José MOSSO:

"La fertilización humana artificial há logrado disociar el acto sexual de la procreación; a la procreación lograda com los métodos anticonceptivos se le sumó la procreación sin sexualidad, pero com participación de todos modos del hombre y de la mujer que aportan sus gametos; ahora se vislumbra que, com la técnica de clonación, podrá lograrse procrear sin participación, ni trans- misión de carga genética del otro sexo "384

382 TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 395.

383 BARBOZA, Heloisa Helena. A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1993, p. 15. A mesma autora complementa: "O acesso à genética humana atingiu um dos mais importantes institutos do Direito de Família a filiação, que

é a relação que o fato da procriação estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra" (pp.

15-16). 384 MOSSO, Carlos José. Derecho, Moral y Vida. Buenos Aires: Ediciones Cruza-mante, 1997, p. 47.

DIREI

cialida de ins sucess e parc

médica giques l'insér équiva nature

assistid bouço e materni eminent voluntár

não dev acompa que o m unilatera

Atu episódios substituiç o sistema influência vendo as merece ur

385 AZEVEDO

dos Tribur

386 Trata-se d livro Les L 387 LEITE, Eσ Tribunais

De acordo com Alvaro Villaça AZEVEDO:

"reprodução humana assistida é a fecundação, com artifi- cialidade médica, informada e consentida por escrito, por meio de inseminação de gametas humanos, com probabilidade de sucesso e sem risco grave de vida ou de saúde, para a paciente e para seu futuro filho". 385

Na França, o Código de Saúde Pública definiu a assistência médica à procriação como sendo "des pratiques cliniques et biolo- giques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryon et l'insémination artificielle, ainsi que de toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel". 386

O papel da vontade, nos casos de reprodução medicamente assistida, passou a ter bastante relevância, fazendo ruir todo o arca- bouço existente a respeito do sistema de presunções de paternidade, maternidade e filiação, instituído para o período da sociedade eminentemente patriarcal. Ao se referir à problemática da mãe solteira voluntária, Eduardo de Oliveira LEITE comenta:

"... então o aspecto voluntário da decisão (ter um filho) não deve se limitar à mera concepção, mas, coerentemente, deve acompanhar os efeitos posteriores ao nascimento, fazendo com que o mesmo voluntarismo e desenvoltura, presentes na decisão unilateral, persistam na guarda e educação do filho desejado"387.

Atualmente, até a maternidade deixou de ser certa, diante dos episódios já cientificamente comprovados da surrogacy, ou seja, da substituição da mãe genética pela mãe meramente portadora. Assim, o sistema legal existente no Código Civil brasileiro, instituído por influência do seu correspondente francês quanto às relações envol- vendo as pessoas por laços de paternidade, maternidade e filiação, merece urgente revisão, com o objetivo de se adequar à nova reali-

35 AZEVEDO, Alvaro Villaça. Ética, direito e reprodução humana assistida. Revista dos Tribunais, p. 145, 1995.

36 Trata-se do art. L.152-1, do Código, transcrito por Nathalie MASSAGER no seu livro Les Droits de l'enfant à naître (Bruxelles: Bruylant, 1997, p. 403).

357 LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias monoparentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 57.

dade. E, como resolver questões tão sérias como aquelas resultantes da adoção de técnicas de reprodução assistida, inclusive envolvendo o direito dos sujeitos à paternidade e à maternidade? Algumas legislações contemporâneas vêm sendo atradaudadan fito de regular as novas técnicas que se apresentam, fundadas em valores, interesses e anseios distintos, daí a falta de uma sistematização jurídica a respeito. Alguns pontos, no entanto, vêm se tornando comuns, como, por exemplo, o sigilo das informações relativas ao doador e ao próprio casal nos casos de reprodução heteróloga; 388 a criação de vínculo jurídico entre a criança fruto da reprodução assistida e as pessoas que desejaram a concepção; a inexistência de qualquer vínculo entre o doador anônimo e a pessoa concebida através do método de reprodução assistida389, entre outros.

Assim, "diante das técnicas de reprodução humana, estamos conhecendo um novo tipo de paternidade e de maternidade, que revoluciona os princípios até então assentados pela tradição jurídica, a exigir um novo conceito ou a ampliação do já existente. (...) houve, pelo menos em parte, uma desbiologização da pater- nidade "390. Realmente, os novos tempos

estão a demonstrar a indispensabilidade de tratamento condigno ao tema paternidade-maternidade-filiação, mormente diante das técnicas de reprodução humana assistida.

A fonte geradora do vínculo parental, diante dos casos envol- vendo as técnicas de reprodução medicamente assistida, deixou de ser um fato natural (o ato sexual), passando a consistir na vontade e, conseqüentemente, no consenso, a abalar o arcabouço normativo no tema da paternidade, maternidade e filiação.

388 A respeito do tema, veja a distinção feita por João Álvaro DIAS: "O segredo diz respeito à natureza artificial da procriação fundada sobre a utilização do esperma de um dador; o anonimato reporta-se à identidade não apenas do dador, mas também do casal receptor (marido e mulher) e da criança". (Procriação Assistida..., p. 43).

389 Acerca de tal aspecto, cumpre citar a manifestação de Pietro PERLINGIERI que aventa a possibilidade de atribuição de alguns efeitos: "Não se pode excluir que se o pai - genitor legal - morrer, o doador - genitor genético - possa assumir algumas responsabilidades, mesmo de tipo educativo, em relação ao filho." (op. cit., p. 176).

390 BARBOZA, Heloísa Helena. A filiação..., p. 107.

CO tic toc ve de Co co het sex cria resu frut igno gen do t lei, cons deri de a

e/ou medi doad cond adole

391 Com

"Sec

seme

marr

natur

p. 46

calem

l'aute

do Có

392

O primeiro questionamento que surge é: será possível a pessoa concebida por técnica de reprodução ou de criação (clone) assis- tida ter mais de um pai, mais de uma mãe e, conseqüentemente, todos os parentes paternos e maternos? A resposta, em regra, vem sendo a de se considerar tão-somente o pai ou a mãe socioafetiva, desconsiderando a paternidade ou a maternidade biológicas. 391 Contudo, a questão não é tão simples como a princípio transparece, considerando que a pessoa concebida por inseminação artificial heteróloga (com doador anônimo, portanto) poderá vir a se unir sexualmente, no futuro, justamente, ao seu pai ou mãe biológica, criando a possibilidade da geração de seres com mazelas biológicas resultantes de tal união. Também será viável a união entre a pessoa fruto de técnica de reprodução assistida e outra, que, apesar de ignorarem, têm laços sangüíneos, como os "irmãos" biológicos ou genéticos. Nas palavras de José de Oliveira ASCENSÃO, ao cuidar do tema em relação ao direito português, "embora no silêncio da lei, o estabelecimento da derivação biológica só tem o efeito de constituir impedimento de casamento (pois esse se funda na mera derivação biológica e não no relacionamento sexual) mas não o de determinar o vínculo de paternidade "392.

A multiparentalidade, ou seja, a existência de mais de um pai e/ou de uma mãe em relação ao sujeito resultante de reprodução medicamente assistida, com efeito, resultará da contribuição dos doadores com o material genético, dando margem ao surgimento da condição de pais biológicos (ou genéticos) da criança ou do adolescente, com reflexos jurídicos negativos quanto ao doador e

391 Com efeito, em proposta de legislação-padrão elaborado nos Estados Unidos, a "Section 5 of the Uniform Parentage Act", prevê, no item b: "The donor of semen provided to a licensed physician for use in artificial insemination of a married woman other than donor's wife is treated in law as if he were not the natural father of a child thereby conceived" (apud DIAS, João Álvaro, op. cit., p. 46). O mesmo se deu na legislação francesa:" en cas de procréation médi- calement assistée donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation", nos termos do art. 311-19, do Código Civil francês.

392 ASCENSÃO, José de Oliveira. Problemas jurídicos da procriação assistida. Arquivos do Ministério da Justiça, n. 183, ano 47, p. 106, 1994. O mesmo autor, em seguida, complementa: " estabelecimento de um vínculo de filiação jurídica" (p. 106). o conhecimento do doador não implica no

aos próprios pais socioafetivos, considerando a necessidade de impedir futuras uniões incestuosas, de proibir a adoção do filho impedico pelos doadores, diante da vontade manifestada de assumir deveres em relação ao filho e, conseqüentemente, de nã adquirir direitos. E, reflexamente, os parentes do doador também sofrerão efeitos assemelhados em relação à pessoa concebida através de técnica de reprodução assistida.

Trata-se de aplicar o mesmo preceito contido no art. 41, da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, que prevê a ruptura de qualquer vínculo jurídico entre a criança ou adolescente adotado e os pais e parentes biológicos, apenas com a ressalva relativa aos impedimentos matrimoniais. A doação de gametas ou de embriões, analogicamente, deve resultar na abdicação dos doadores quanto a benefícios ou ônus, nos campos pessoal e patrimonial, em relação à pessoa gerada via reprodução assistida. Contudo, é mister a preservação de sua condição de genitor biológico, tal como ocorre na adoção, com o objetivo de impor-lhe restrições no tocante à prática de alguns atos da vida civil, como a constituição de união sexual, no futuro, com seu filho biológico; a impossibilidade de adotá-lo sob qualquer modalidade ou pretexto; a proibição de reconhecê-lo formalmente para fins de constituição de direitos e deveres pessoais e patrimoniais, entre outros 393. Da mesma forma que o Estatuto da Criança e do Adolescente regula o registro da adoção, com a proibição de fornecimento de informações acerca da natureza do vínculo de filiação, 394 mas preservando dados quanto aos pais biológicos, deve ser instituída prática similar em matéria de reprodução humana assistida, observando procedimento administra-

393 A respeito de tais aspectos, vale citar passagem mencionada por Christian de Paul de BARCHIFONTAINE a respeito de julgamento proferido em Nova Iorque, negando direito do doador de ser reconhecido pai de criança obtida por técnica de reprodução assistida por um casal de lésbicas. (Bioética e reprodução medica- mente assistida. In: PESSINI, Léo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de.

(Coord.). Fundamentos da bioética. São Paulo: Paulus, 1996, p. 164.). 394 Nas palavras de José Celso de Camargo SAMPAIO, ao cuidar do tema, "o risco de se propiciar casamentos incestuosos é muito grande". E, mais adiante comple- menta: "a inseminação artificial, por sua própria natureza, é realizada cercada de cuidados especiais e descrição. Os bancos de sêmen não fornecem a identi- dade dos fornecedores" (A inseminação artificial no Direito de Família. Revista dos Tribunais, v.670, p. 18, agosto de 1991).

C

C e e te Q pa SO do pro me Ao nes. sequ con (gen da c aos e relaçã sua p genito crianç

tivo ou judicial. A condição do doador não é a mesma de um estranho em relação à criança, considerando os acontecimentos que podem surgir no futuro, inclusive o interesse do doador em se aproveitar de herança recebida pela criança, por exemplo, daí a necessidade de se estabelecerem reflexos jurídicos decorrentes das declarações de vontade das pessoas diretamente envolvidas na reprodução assistida (doadores, mulher e/ou homem desimpedidos, casal).

No Direito de Família francês, com a reforma empreendida em 1972, todo filho natural, portanto, sem paternidade estabelecida, pode reclamar "subsídios" de quem manteve contato sexual com a mãe durante o período legal da concepção, diante da possibilidade de ser o pai. Veja, portanto, que mesmo sem a definição da condição de pai, um homem pode ser responsável tão-somente diante da possibilidade de ter ascendência biológica sobre a criança. A multiparentalidade já era reconhecida no Código Civil, tal como prevista no art. 378, ao estabelecer a manutenção de direitos e deveres resultantes do paren- tesco natural entre o filho e os pais biológicos, no caso de adoção. Quanto à reprodução assistida, os efeitos jurídicos em relação aos pais biológicos (doadores do material fecundante) devem existir tão-somente para impor restrições, principalmente em relação aos próprios doadores: impedimento matrimonial, impossibilidade de adoção do próprio filho biológico, proibição de reconhecimento voluntário ou mesmo forçado para fins de criação de direitos e deveres recíprocos. Ao tratar do tema, Luiz Edson FACHIN observa: "Há quem defenda, nessa via, a graduação da paternidade, dela excluindo qualquer seqüela jurídica quando revelada a verdade biológica apenas para conhecimento "395. O doador, portanto, será apenas genitor biológico (genético), despido de direitos e deveres em relação à criança, produto da concepção medicamente assistida, submetendo-se, no entanto, aos efeitos jurídicos negativos, comparativamente a um estranho, em relação à pessoa resultante do seu gameta. Desse modo, diante da sua própria vontade, no ato da doação do embrião ou do gameta, o genitor biológico estaria renunciando a qualquer direito em relação a criança a ser concebida através de técnica de reprodução assistida,

395 FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade, pp. 37-38.

também não sofrendo deveres, apenas restrições peculiares à sua condição de genitor. Do mesmo modo, o casal que se dispôs a perpetuar a família através de método de reprodução assistida, sem fornecimento de material fecundante próprio, tendo manifestado expresso

consentimento, não poderá esquivar-se dos efeitos jurídicos decorrentes do vínculo parental constituído.

Andrew BAINHAM, ao cuidar do tema no direito inglês, e referindo-se ao tratamento dado pelo Human Fertilisation and Embbryology Act, de 1990, comenta que o sistema ainda contém falhas, pois a regra consoante a qual o doador de sêmen não deve ser tratado como pai somente é aplicável na doação licenciada de material genético, e, assim, aqueles que agirem fora do modelo esta- tuído no direito inglês serão considerados abrangidos pela tradicional e primeira regra de que o pai genético é também o pai jurídico. 396

Na França, há a discussão a respeito do anonimato em três esferas: a) se é conveniente permitir à criança, fruto de reprodução heteróloga, a identificação de seu pai biológico, ou deve haver segredo da concepção por uma técnica de reprodução assistida; b) se tal identificação deve conduzir à criação de vínculo jurídico entre a criança e o doador do material genético; c) se, em casos excepcionais, pode ser levantado o segredo da identidade do doador, como por exemplo em casos de doenças hereditárias. 397

E o próprio indivíduo gerado por meio de reprodução assistida não terá direito de conhecer sua ascendência genética? Apesar do anonimato dos doadores ser a regra em praticamente todos os países que possuem legislação a respeito, atendendo aos interesses da criança ou do adolescente, a lei sueca exatamente não prevê o sigilo, o anonimato, tendo em vista a necessidade de prevenir doenças gené- ticas398, além de permitir que a pessoa possa, com a maioridade, conhecer o genitor biológico. Será que o sigilo deve ser absoluto ou relativo, permitindo o seu afastamento na eventualidade da pessoa

396 BAINHAM, Andrew, op. cit., p. 77.

397 MASSAGER, Nathalie, op. cit., p. 519.

398 Tal informação é dada por Jean BERNARD (A bioética. Trad. por Paulo Goeza. São Paulo: Ática, 1998, pp. 34 e 94). Trata-se da lei sueca de 1º de março de 1985. O mesmo ocorre na Áustria (MASSAGER, Nathalie, op. cit., p. 521).

DIREI

conce conhe ela? H estabe mira deve f direito mater assist alguns anonin reconh assisti sem qu Assim Direito lugar à C

adoção

399

Sérgio

promo

media

ciona

do doe

doença

le prob

titre in

400 Nesse

hacun

née sur

accès,

l'anony

naître.

a possit

gico no

290-291

que a re

assisti

regro

tucic

concebida por meio de técnica de reprodução assistida pretender conhecer a sua ascendência genética, e tão-somente em relação a ela? Há direito à identidade genética, em havendo pais socioafetivos estabelecidos? Caso a resposta seja afirmativa, tendo sempre em mira o critério "the best interest of the child", necessariamente deve ficar afastado qualquer efeito jurídico no sentido de estabelecer direitos e deveres entre tais pessoas. 399 O anonimato do doador de material genético deve realmente existir em matéria de reprodução assistida, mas não dentro de uma noção absoluta. Assim, há, em alguns textos normativos de países, previsão acerca de exceções ao anonimato, ora para prevenir ou curar doenças genéticas, ora para reconhecer o interesse da pessoa gerada por meio de reprodução assistida em conhecer a sua ascendência (identidade) biológica, mas sem qualquer atribuição de benefícios ou vantagens econômicas. 400 Assim, em observância aos princípios, objetivos e fundamentos de Direito de Família, eventualmente o sigilo poderá ser afastado, cedendo lugar à proteção de interesses de maior relevância.

Outra questão que certamente surgirá: se nos vínculos de adoção, tal como hoje são regulados, é admitida a presença de

399 Sérgio FERRAZ defende a admissibilidade do afastamento do sigilo, desde que promovido pelo filho, ou no seu interesse, "em razão de fundada motivação e mediante autorização judicial" (op. cit., p. 54). Frédéric SALAT-BAROUX men- ciona que no direito francês somente é excepcionado o princípio do anonimato do doador em caso de necessidade terapêutica do filho biológico relacionada à doença hereditária, comentando, ainda, que "cette dérogarion au principe pose le problème pratique des conditions de levée l'anonymat, qui semble avoir à juste titre inquiété le Sénat" (Les Lois de Bioéthique, p. 30).

400 Nesse sentido, "em Suède, la loi du 1 er. mars 1985 prévoit, au nom du droit de hacun de connaître ses origines, que l'identité des donneurs de sperme est mention- née sur des documents administratifs auxquels les enfants nés par IAD auront accès, s'ils le désirent, à leur majorité. En Autriche également, la règle de l'anonymat n'est pas observée" (MASSAGER, Nathalie. Les Droits de l'enfant à naître. Bruxelles: Bruylant, 1997, p. 521). Eduardo de Oliveira LEITE confirma a possibilidade da criança obter informações a respeito da sua ascendência bioló- gico no sistema jurídico sueco (Procriações artificiais e o direito, op. cit. pp. 290-291). Na Alemanha, Eduardo Leite comenta que alguns Julgados assentaram que a regra é a da proibição do anonimato do doador em matéria de reprodução assistida: "Como consequência, nenhuma autoridade pública pode editar uma regra visando preservar o anonimato dos doadores sem incorrer na inconsti- tucionalidade desta disposição." (Procriações artificiais e o direito, pp. 277-278).

apenas um adotante (portanto, um pai ou uma mãe), qual seria a razão de se proibir às pessoas não unidas sexualmente com outras de realizarem o desejo de perpetuarem a família

mediante a adoção de alguma das técnicas de reprodução assistida? A hipó tese não seria idêntica àquela de pessoas que conceberam filhos que, antes mesmo do nascimento, tiveram a surpresa do abandono do parceiro, ou das chamadas "mães solteiras"?401 A mono-parentalidade foi expressamente reconhecida na Constituição Federal como espécie de família (art. 226, § 4º), daí a observação feita: "o novo texto constitucional reflete, com veemência, a pluralidade dos novos modelos (o que o constituinte nomeou 'entidades fami- liares') chamando a atenção para a necessidade de não só reco- nhecê-los, mas, efetivamente inseri-los num contexto legislativo ("... devendo a lei ...") nem sempre favorável à sua inserção"402. Assim, será possível, à luz da Magna Carta, negar a constituição de uma família monoparental, unilateralmente formada diante da vontade da pessoa que perpetua a linhagem através da descendência resultante de técnica de reprodução assistida? A Lei n. 9.263/96, ao tratar do planejamento familiar como "conjunto de ações de regulação da fecundidade", menciona a existência de direitos de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal, reconhecendo, assim, a possibilidade do surgimento de família constituída apenas entre a mãe e o filho, ou pai e o filho, em consonância com o art. 226, § 4º, da Constituição Federal.403

Em matéria de reprodução humana assistida, o Conselho Português de Ética para as Ciências da Vida concluiu no sentido da

401 Nas palavras de Nathalie MASSAGER, "si une femme célibataire se voit ainsi reconnaître le droit d'adopter um enfant, il serait logique, par analogie, de l'autoriser à concevoir son propre enfant, par insémination artificielle avec donneur" (op. cit., p. 549). No mesmo sentido: FERNÁNDEZ, María Carcaba. Los problemas jurídicos planteados..., p. 134.

402 LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias Monoparentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 69.

403 No sistema anglo-saxão, a questão da "single parent family", inclusive em matéria de reprodução assistida, é admitida sem muita controvérsia:. "...there are now individual adults who consciously make the choice to become single bio- parents so they can rise their children without interference from a spouse on partner". (SILVER, Lee. M. Remaking Eden. London: Weidenfeld & Nicolson, 1998, p.135).

inadmi de umo a um substit adoção adoçã elemen HEY dans comp ne pe

matér preoc rando vio fa por e pass O in Ado subs na c fami o de casc assis seja deve dade reco

404 B

405

inadmissibilidade da aplicação das técnicas "quer por procriação de uma mulher isolada (sem ligação, nem de direito nem de fato, a um homem) ou de um homem isolado (por recurso a mãe de substituição)"404. Contudo, diante da viabilidade da realização de adoção por apenas uma pessoa, não há razoabilidade em se negar a adoção de técnica de reprodução humana assistida, inexistindo elemento discriminador razoável a justificar tal proibição. Como aponta HEYVAERT, "l'intérêt de l'enfant sera servi s'il peut devenir adulte dans conditions garantissant um développement harmonieux et complet de sa personnalité. La concrétisation de cette garantie ne peut toutefois avoir lier de manière universelle". 405

- 0 e de te da 10, al, lia em

lho

da

ainsi e, de e, de avec rcaba.

ta dos

ive em ere are le bio- partner".

7.135).

Os princípios e garantias insertos na Constituição Federal, em matéria de paternidade, maternidade e filiação, revelam evidente preocupação com os interesses da criança e do adolescente, assegu- rando-lhe direito à vida, à dignidade, ao respeito, à liberdade, ao conví- vio familiar e, principalmente, a ter família, ou quiçá, famílias (como, por exemplo, o caso da criança de pais cuja união sexual se dissolveu, passando a integrar, pelo menos, duas famílias monoparentais). O instituto da adoção, tal como regido no Estatuto da Criança e do Adolescente, é espécie do que o legislador denominou de "família substituta", pressupondo, assim, uma família substituída (ou natural, na dicção da lei). Diversamente do modelo tradicional, o vínculo familiar moderno é formado por laços socioafetivos, restando superado o dogma da unicidade da paternidade e da maternidade. Mesmo no caso da monoparentalidade resultante de técnica de reprodução assistida, necessariamente há mais de um genitor (ainda que um deles seja oculto diante do pretendido anonimato), sem que haja direitos ou deveres em relação aos doadores. O pluralismo familiar é uma reali- dade, não apenas percebida no

mundo das coisas, como também reconhecida constitucionalmente. Contudo, há de se registrar que a

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de, op..cit., p. 175.

Apud MASSAGER, Nathalie, op. cit., p. 538. E, mais adiante, A. HEYVAERT complementa: "J'en conclus dès lors qu'il n'existe aucun obstacle juridique s'opposant à l'assistance médicale à la fécondantion d'une demandeuse qui se présente sans compagnon, quelle que soit sa nature sexuelle (hétéro sexuelle)." (op. cit., p. 547). ou homo-

Constituição não estimula a formação de famílias monoparentais, mas as reconhece.

A natureza jurídica da paternidade, maternidade e filiação resultantes da adoção de técnicas de reprodução assistida, sob a modalidade heteróloga, ou mesmo sem vínculo genético entre os envolvidos, deve ter em conta sentimentos nobres, como o amor, o desejo de construir uma relação afetuosa, carinhosa, reunindo as pessoas num grupo de companheirismo, lugar de afetividade. "A disciplina jurídica das relações de parentesco entre pai e filhos não atende, exclusivamente, quer valores biológicos, quer juízos sociológicos; é uma moldura a ser preenchida, não com meros conceitos jurídicos ou abstrações, mas com vida, na qual pessoas espelham sentimentos"406. O instituto da adoção, como atualmente é concebido pela Lei n. 8.069/90, pode ter perfeita aplicação aos casos envolvendo as técnicas de reprodução humana medicamente assistida sob a modalidade heteróloga ou mesmo em relação às pessoas desimpedidas, inclusive para o fim de preservar efeitos jurídicos como o relacionado aos impedimentos matrimoniais entre genitor e filho biológicos, entre outros. Há, na legislação brasileira, a previsão a respeito da possibilidade de uma criança ter dois pais, o biológico e o socioafetivo, o que vem a excepcionar o princípio da unicidade do vínculo paterno e, conseqüentemente, do vínculo materno. Do mesmo modo, há a exclusão de quaisquer efeitos pessoais e patrimoniais entre pai e filho biológicos, em caso de adoção deste, salvo para efeito de impedimento matrimonial de parentesco, mantendo-se o sigilo acerca da informação da natureza da relação e, conseqüentemente, da ascendência genética. Evidentemente, no caso de reprodução humana medicamente assistida, há diversas peculiari- dades, sem que, no entanto, haja prejuízo na aplicação dos princípios gerais e norteadores da adoção, tal como o instituto é concebido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, sob inspiração dos preceitos e normas da Constituição Federal de 1988.407

406 FACHIN, Luiz Edson. Da Paternidade, p. 29.

407 João Álvaro DIAS observa a possibilidade de se solucionar várias questões através das regras aplicáveis à adoção: "Nem se diga que seriam insuperáveis os proble-

DIREIT

condu

C filiaç Profe qual c meno Deve- mater aos fi timen se no de 19 estab crian com bilita psico de m exist desco cussa

ção, base gico

pr

408 409 rej FA VE fil de ad ter

P

Com efeito, "... a alteração da concepção jurídica de família conduz, necessariamente à mudança da ordenação jurídica da filiação. O rumo aponta para o que designou corretamente o Professor Eduardo de Oliveira Leite de Nova Paternidade, na qual o papel da afetividade é imenso, eis que a paternidade decorre menos da procriação e mais da circunstância de amar e servir"408 Deve-se buscar, portanto, um conceito plural de paternidade e de maternidade, no qual os efeitos pessoais e patrimoniais em relação aos filhos serão necessariamente distintos, e onde a vontade, o consen- timento, a afeição e a responsabilidade terão missões relevantes. Mire- se no exemplo permissivo do Código Civil francês, com a Reforma de 1972, que passou a admitir que na falta de filiação paterna estabelecida, o marido da mãe pode conferir seu próprio nome à criança, através de uma declaração que ele pode fazer juntamente com a mãe, atendendo aos interesses do menor, no sentido de possi- bilitar seu desenvolvimento em todas as áreas e, principalmente, psicológica. No caso da reprodução assistida em que há a necessidade de material fecundante de doadores, direitos e deveres somente existirão entre pais e filhos socioafetivos, sem que isso signifique na desconsideração completa do liame biológico, com necessária reper- cussão jurídica sob o manto das restrições e impedimentos.

"A adoção viabiliza e concretiza parentesco por assimila- ção, um parentesco eletivo. Consagra a paternidade socioafetiva, baseando-se não num fator biológico, mas num fator socioló- gico "409. A desbiologização da paternidade-maternidade-filiação não

mas que daí adviriam em matéria de anonimato e de privacidade, pois que tais problemas existem também no quadro de adoção e, todavia, têm-se conseguido aí soluções satisfatórias, que poderiam seguramente servir de ponto de referência". (op. cit., pp. 48-49).

*FACHIN, Luiz Edson. Da Paternidade, p. 55. *

VELOSO, Zeno, op. cit., p. 160. E, mais adiante, o autor complementa: filiação adotiva e a filiação resultante da procriação medicamente assistida se '... a definem por dois traços comuns, um negativo e outro positivo: nenhuma delas advém através de uma relação sexual. A adoção resulta de um ato jurídico (que tem sempre um aspecto judiciário). A procriação assistida exige a intervenção de um médico para a operação (inseminação ou implantação), substituindo o ato sexual determinante. (...) As duas são filiações judicialmente ou mediamente assistidas" (p. 178).

S OS

avés

ble-

pode conduzir ao esquecimento completo da importância de se manter, ainda que sob conhecimento de poucos, o controle de se evitarem uniões incestuosas, ao menos na linguagem genética. O Direito espanhol, ao admitir excepcionalmente a revelação da identidade do doador do material fecundante, expressamente exclui qualquer tipo de direito alimentar ou sucessório entre o indivíduo concebido eo genitor biológico410.

A repersonalização do Direito de Família, ou seja, a evolução dos institutos impondo mudanças nas relações familiares reflete a circunstância de que as alterações havidas têm por escopo fazer com que o direito de família passe a girar fundamentalmente em torno de fenômenos humanos, ligados à esfera afetiva, espiritual e psicológica de pessoas envolvidas, e não de facetas de natureza predominantemente patrimonial.

Nas palavras de Regina FIUZA e Severo HRYNIEWICZ, "... a parentalidade está em vias de radical transformação; em breve, segundo os mais pessimistas, não haverá senão uma recordação da família, tal como pensada e vivida atualmente"411. As técnicas de reprodução humana assistida, sob a modalidade heteróloga (quando o casal é estéril por problemas de saúde com um deles ou ambos), são aquelas que geram maiores questionamentos, diante do sistema de presunções, probabilidades e verossimilhanças quanto à paterni- dade e maternidade. A fonte do vínculo jurídico, em tais casos, decorre da relevância da vontade, do consenso, do afeto e da responsabilidade, e não de um fato jurídico que é o coito, o ato sexual. Nos países que adotam o sistema anglo-saxão, o consentimento do marido para que sua esposa receba o sêmen de outro homem é equiparado a uma adoção antenatal do filho resultante do emprego da inseminação artificial e, assim, tal consentimento contém o elemento anímico que é o desejo de vir a constituir e manter vínculo de paternidade com a criança, associado à renúncia quanto à possibilidade de se retratar

410 CÁNOVAS, Diego Espín. La fecundacion artificial humana segun la ley del 22 de noviembre de 1988 sobre tecnicas de reproduccion asistida. Revista de Derecho de Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, (6), p. 32, 1991.

411 SAUWEN, Regina Fiuza e HRYNIEWICZ, op. cit., p. 85.

acerca da vonta consentimento nascituro.

Nas preci "o conceito d devendo a auto novos vínculos de reprodução amor, de vonta pressuposto o

Verifica-s dução assistida fundamentais, Constituição Fe do Direito de F natários, na per leiro, em especi justiça e solida discriminação c e filiação.

Sob o en dentro do con de reprodução rísticas das inv são bastante di A diversidade das tradições, dos valores e id a posição sobre centro de gran atualidade am

412 BARBOZA, He FACHIN observ fisiológico: "re nidade, p. 37). Eduard 413

acerca da vontade declarada, ainda que tenha ocorrido vício de consentimento - diante da responsabilidade que passa a ter sobre o nascituro.

Nas precisas observações de Heloisa Helena BARBOZA, "o conceito de paternidade não é, historicamente, imutável", devendo a autonomia da vontade e a responsabilidade nortearem os novos vínculos parterno-materno-filiais, no caso de adoção de técnica de reprodução medicamente assistida: "pai ou mãe se é por ato de amor, de vontade, não por decisão judicial (...) e deve ter como pressuposto o bem do filho. "412

Verifica-se, portanto, que o tratamento do tema "filiação e repro- dução assistida" não pode olvidar os valores e princípios, fundantes e fundamentais, do ordenamento jurídico. E, dentro desse contexto, a Constituição Federal brasileira de 1988 é fonte atual e relevantíssima do Direito de Família, norteando os rumos a seguir pelos seus desti- natários, na perspectiva de buscar atingir os objetivos do Estado brasi- leiro, em especial a construção de uma sociedade fundada na liberdade, justiça e solidariedade, e a promoção do bem de todos, sem qualquer discriminação de origem, raça, sexo, cor, idade, família, parentalidade e filiação.

a - e e, де na ão ue

Sob o enfoque do Direito comparado, constata-se que mesmo dentro do contexto dos principais centros de difusão das técnicas de reprodução assistida (Estados Unidos e Europa), "as caracte- rísticas das investigações e o nível de preocupação ética e jurídica são bastante distintos, não justificando uma análise monolítica"413. A diversidade de posturas jurídicas nos diversos sistemas decorre das tradições, dos usos e costumes, das religiões e, evidentemente, dos valores e ideologias dominantes em cada país. Nos Estados Unidos, a posição sobre o tema é bastante liberal, e o assunto deixou de ser centro de grandes preocupações: "o grande assunto de debate na atualidade americana passou a ser o do 'fim da vida', da morte,

ma

tar

412 BARBOZA, Heloisa Helena. A filiação..., p. 108. Da mesma forma, Luiz Edson FACHIN observa que a paternidade deve se fundar mais no emocional do que no fisiológico: "reside antes no serviço e no amor que na procriação" (Da pater- nidade, p. 37).

2 de

echo

413 LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais ..., p. 267.

o direito de morrer com dignidade".414 Há, por assim dizer, vários modelos ou padrões em matéria de reprodução assistida. A qual deles o direito brasileiro se filiou?

O Vaticano, por sua vez, através do documento denominado "Instrução sobre o respeito da vida humana nascente e a dignidade da procriação", publicado em 1987, refuta a inseminação artificial heteróloga, recusa qualquer hipótese de fertilização in vitro e impõe uma série de dificuldades para a inseminação artificial homóloga 415. Vê-se, pois, que inúmeras são as polêmicas que o tema reprodução assistida gera, sendo que, no caso brasileiro, há apenas a Resolução n. 1.358/92 que cuida do tema de maneira expressa. Como adverte Eduardo de Oliveira LEITE, "estas regulamentações são inefi- cazes, são destituídas de qualquer cogência, podem ser facil- mente contornáveis e, portanto, não permitem se atingir o obje- tivo visado. "416 Os comandos existentes na citada norma adminis- trativa não tem eficácia jurídica, além de serem fruto de decisões tomadas por órgão corporativo, sem qualquer caráter representativo do corpo social. O Direito brasileiro, no que tange à questão da reprodução

assistida heteróloga e os reflexos quanto ao anonimato, parece acompanhar o sistema sueco, que praticamente equipara a situação envolvendo os pais da criança gerada através de insemi- nação ou fertilização in vitro, na modalidade heteróloga, à situação da adoção: "em ambos os casos, ao menos um dos pais não é progenitor biológico da criança, o que justifica a similaridade estabelecida" 417

E a importância da Constituição brasileira em matéria de reprodução assistida se mostra latente diante do novo arcabouço do Direito de Família, com forte carga constitucional, permitindo, inclusive, a solução das questões atinentes ao tema através da aplicação de princípios e normas do texto constitucional. Acrescenta-se, eviden-

414 Ibid.

415 CASABONA, Carlos María Romeo. El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 222. 416 LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais: bioética e biodireito. Repen- sando o Direito de Família - Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Famí-

lia. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 154. 417 Idem. Procriações artificiais e o direito, p. 289, ao comentar o sistema sueco.

tem infr cor "a ag en No ex ju

GAMA

rios

eles

ado

ade

cial

rte

415 cão cão efi- -il- je- is- bes VO da to, a ni- ão é de

de do de en-

ve,

de 2.

Den-

mí-

temente, que as normas do ordenamento jurídico brasileiro em nível infraconstitucional sofrem o controle de validade à luz da normativa constitucional. Conforme observa Eduardo de Oliveira LEITE, "a maioria das legislações permaneceu em ritmo de espera, aguardando, talvez, um consenso internacional, ainda não existente, embora a prática esteja definitivamente admitida pelos países. "418 No entanto, em tema tão vinculado aos valores extrapatrimoniais existentes, afeto ao Direito de Família, a uniformidade de tratamento jurídico é impossível nas diversas sociedades, considerando as suas peculiaridades culturais, econômicas, políticas, sociais e ideológicas. Urge, pois, que o Estado assuma o papel institucional que lhe incumbe, sistematizando o tratamento jurídico sobre assunto de maior relevância no Direito contemporâneo, diretamente relacionado à dignidade da pessoa humana, não permitindo que situações conflituosas possam persistir no campo sensível do Direito de Família. “Não resta nenhuma dúvida sobre a necessidade da intervenção das auto- ridades políticas e do legislador, pois o recurso incontrolado a estas técnicas, métodos e procedimentos pode conduzir a conse- qüências imprevisíveis e perigosas para a sociedade civil".419

41% Ibid., p. 268.

419 Ibid., p. 427.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Pestana de. União estável; o fato social e as novas tendências do direito de família. Rio de Janeiro: Espaço Jurí- dico, [s.d.]

ALIENDE, Aniceto Lopes. Questões sobre alimentos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

AMORIM, Sebastião Luiz. O divórcio e a Constituição de 1988. In: COLTRO, Antonio Carlos Mathias. O direito de família após a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, pp. 61-91.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Problemas jurídicos da procriação assistida. Arquivos do Ministério da Justiça, n. 183, ano 47, 1994.

AZEVEDO, Alvaro Villaça. Ética, direito e reprodução humana assistida. Revista dos Tribunais, 1995.

BAINHAM, Andrew. Children: the modern law. Second edition. Bristol: Jordan Publishing Limited, 1998.

BARBOZA, Heloisa Helena. Família, casamento, união estável conceitos e efeitos à luz da Constituição de 1988. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 1, n.1, 1993.

A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

Novas tendências do direito de família. Revista da Facul- dade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, n. 2, 1994.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética e reprodução medicamente assistida. In: PESSINI, Léo e BARCHIFONTAINE,

Christian de Paul de. (Coord.). Fundamentos da bioética. São Paulo: Paulus, 1996.

BELLUSCIO, Augusto César. Manual de derecho de familia. Tomos I e II, 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1996.

BÉNABENT, Alain. Droit civil: la famille. 9ème. Paris: LITEC, 1998.

BERNARD, Jean. A bioética. Trad. por Paulo Goeza. São Paulo: Ática, 1998.

BITTAR, Carlos Alberto. O sistema constitucional de família. Revista do Instituto dos Magistrados do Brasil, 6, ano 2, janeiro/ março de 1997.

BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade. São Paulo: Paz e Terra, 1987.

BOSSERT, Gustavo A. Régimen Jurídico del concubinato. 4ª ed., Buenos Aires: Astrea.

CAHALI, Yussef Said. Divórcio e separação. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CAMBI, Eduardo. Premissas teóricas das uniões extramatrimoniais no contexto da tendência da personificação do direito de família.. In: WAMBIER, Teresa A. A. e Eduardo de Oliveira Leite. (Coord.). Direito de família - aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 1999.

CAMPOS, Diogo Leite de. A nova família. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Direitos de família e do menor. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

Lições de direito de família e das sucessões. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 1997.

CÁNOVAS, Diego Espín. La fecundacion artificial humana segun la ley del 22 de noviembre de 1988 sobre tecnicas de reproduccion asistida. Revista de Derecho de Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, (6), 1991.

CARBONNIER, Jean. Droit civil: la famille. 19. ème. Paris: PUC, t. 2, 1998.

CASANOVA, Carlos María Romeo. El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

DIREITO DE F

COLTRO, A

projetad

LEITE.

constitu

Tribuna

Au WAME Direito suais.

COLT

após a

pp. 28

CURRAN,

Law's

Ameri

CZAJKOW

Juruá,

O Direito Penal e seus reflexos na união estável. In COLTRO, Antônio Carlos Mathias (org.). O Direito de Família após a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Celso Bastos, pp. 289-312, 2000.

1.,

0:

CURRAN, Vivian Grosswald. Dealing in Difference: Comparative Law's Potential for Broadening Legal Perspectives. The American Journal of Comparative Law, v. 46, n. 4, 1998.

ais

a..

CZAJKOWSKI, Rainer. União livre, 1ª ed., 3ª tiragem, Curitiba: Juruá, 1997.

te.

DANTAS, San Tiago. Direitos de família e das sucessões, 2ª ed., rev. e atual. por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

vis

9.

DAVID, René. Les grands systèmes de droit contemporain (Droit comparé). Quatriéme édition. Paris: Dalloz, 1971.

vio

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. Direito constitucional. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

ed.,

ed.,

DIAS, João Álvaro. Procriação assistida e responsabilidade médica. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

un la

DIAS, Maria Berenice. Efeitos patrimoniais das relações de afeto. Revista AJURIS, n. 70, 1997.

ccion

ires,

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 5. v., 1996.

PUC,

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Da união estável como entidade familiar. Revista dos Tribunais, v. 667, maio de 1991.

a ante

tro de

DUARTE, Alicia Pérez. Derecho de familia. México: FCE, 1995. FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos de direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

a

/

Z

Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. Revista dos Tribunais, v. 732, outubro de 1996.

Contribuição crítica à teoria das entidades familiares extrama- trimoniais. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.).

Direito de família - aspectos constitucionais, civis e proces- suais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. v. 3.

Da paternidade. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FERNÁNDEZ, María Carcaba. Los problemas jurídicos plantea- dos por las nuevas técnicas de procreación humana. Barce- lona: J. M. Bosch Editor, 1995.

FERRAZ, Sérgio. Manipulações biológicas e princípios consti- tucionais: uma introdução. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

FRIGINI, Ronaldo. Reconhecimento de paternidade: conside- rações sobre a Lei 8.560/92. Ribeirão Preto: Edição Apamagis (Associação Paulista de Magistrados), 1993.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O companheirismo: ита espécie de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

-A família informal no direito penal, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GELLER, Rodolfo Hans e BORGHEZAN, Miguel. A união estável e os direitos não-patrimoniais. Revista Logos Veritas. Santarém, Pará, n. 2, 1998.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 747. Janeiro de 1998.

GOMES, Orlando. A agonia do Código Civil. Revista de direito comparado luso-brasileiro, [S.L.], v. 10, 1986.

Direito de família. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GONÇALVES, Edvaldo Sapia. O dano moral nas relações familiares. Revista de Eventos do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Estadual de Maringá. Maringá, n. 01, 1999.

GOZZO, Débora. O patrimônio dos conviventes na união estável. In: WAMBIER, Teresa A. A. e Eduardo de Oliveira Leite. (Coord.). Direito de família - aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 1999.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DIREITO

GUIM

P P

C

HIRO

IRTI

LEIT

LO

M

GAMA

exo.

ama-

rd.).

ces-

tea-

arce-

sti-

onio

-ide-

agis

uma

98.

Ovar,

tável

rém,

eiras.

98.

Ereito

84.

iares.

to da

999.

tável.

Leite.

civis

999.

Paulo:

GUIMARÃES, Marilene Silveira. Reflexões acerca de questões patrimoniais nas uniões formalizadas, informais e marginais. In: PINTO, Teresa A. A. (Coord.). Direito de família - aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, v. 1, abril/junho de 1999.

IRTI, Natalino. L'età della decodificazione. Revista de direito civil. v. 10, ano 3, out.-dez. 1979.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A família monoparental como entidade familiar. In: PINTO, Teresa A. A. (Coord.). Direito de família aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 1995.

- O concubinato frente à nova Constituição: hesitações e certezas. Direito de família - aspectos constitucionais, civis e processuais. PINTO, Teresa Arruda Alvim (Coord.).São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 1993.

Procriações artificiais: bioética e biodireito. Repensando o Direito de Família - Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

-Temas de direito de família. São Paulo: Revista dos Tribu- nais, 1994.

O Exame de DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação. Direito de família - aspectos constitucionais, civis e processuais. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim & LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. O ensino do Direito de Família no Brasil. Direito de família - aspectos constitucionais, processuais e civis, coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e LEITE, Eduardo de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 1999.

MADALENO, Rolf. A disregard nos alimentos. Direito de família - aspectos constitucionais, processuais e civis, coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e LEITE, Eduardo de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima, CACHAPUZ, Maria Cláudia & VITÓRIA, Ana Paula da Silva. Igualdade entre Filhos no Direito Brasileiro atual - Direito pós-moderno? Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Porto Alegre: Síntese, v. 16, 1999.

MASSAGER, Nathalie. Les Droits de l'enfant à naître. Bruxelles: Bruylant, 1997.

MAZEAUD, Henri et al. Leçons de droit civil: la famille - 7ème. ed.Paris: Montchrestien, 1995. t.1, v. 3.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

MERRYMAN, John Henry. La tradicción juridica romano germanica. Fondo de Cultura Económica, 1979.

MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito, UERJ Disponível: http://fdir.uerj.br/rqi/01/a010804.htlm (visitado em 10 março de 1999).

MOSSO, Carlos José. Derecho, Moral y Vida. Buenos Aires: Ediciones Cruzamante, 1997.

NEGRÃO. Theotonio. Código civil e legislação em vigor. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVEIRA, Basílio de. Direito alimentar e sucessório entre compa- nheiros. Rio de Janeiro: Destaque, 1995.

OLIVEIRA, Leoni Lopes de. Alimentos e sucessão no casamento e na união estável. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado, ciência autônoma. Revista Forense, v. 146, reprodução datilografada. Instituições de direito civil. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 1996.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e união estável. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

Direito de família: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. 3ª ed., Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PIMENTEL, Silvia. Direitos reprodutivos e ordenamento jurídico brasileiro. Caderno da Comissão de Cidadania e Repro- dução.[s.l.], dez. 1993.

DIREITO DE

PINTO, Te

de fa São P

PIOVESA

Lim PIZZOLA

no

RODRIG

SALAT- SAMPA

de

SANTO

se

tu

S

SARD

C SAUV

SILVA

SILV STRI

TEP

TOF

VAE

VE

VI

DIREITO DE FAMILIA BRASILEIRO

PINTO, Teresa A. A. Entidade familiar e casamento formal. Direito de família - aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 1993.

PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PIZZOLANTE, Francisco E. O. Pires e Albuquerque. União estável no sistema jurídico brasileiro. São Paulo: Atlas, 1999. RODRIGUES, Silvio. Direito civil. 22ª ed., São Paulo: Saraiva, v. 6, 1997. SALAT-BAROUX, Frédéric. Les Lois de Bioéthique. Paris: Dalloz, 1998.

SAMPAIO, José Celso de Camargo. A inseminação artificial no Direito de Familia. Revista dos Tribunais, v. 670, agosto de 1991. SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. Causas culposas da

separação judicial. Direito de família aspectos consti- tucionais, civis e processuais. Coord. ALVIM, Teresa Arruda. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SARDAS, Marcela e MEIRELLES, Júlio César da Costa. A Parceria Civil Registrada. Revista Quaestio Juris, n. 2.

SAUWEN, Regina Fiuza e HRYNIZWICZ, Severo O Direito "In Vitro". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 212, abril/junho de 1998.

SILVER, Lee. M. Remaking Eden. London: Weidenfeld & Nicolson, 1998. STRENGER, Guilherme Gonçalves. Guarda de filhos. São Paulo: LTr, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Reno- var, 1999.

TORRES-LONDOÑO, Fernando. A outra família: concubinato, Igreja e escândalo na Colônia. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

VARELA, João de Matos Antunes. O movimento de descodificação do direito civil. Estudos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

VELOSO, Zeno. Direito brasileiro da Paulo: Malheiros, 1997. e paternidade. São filiação

VILLELA, João Baptista. Alimentos e sucessão entre companheiros. Repertório 10B de Jurisprudência 7, 1ª quinzena abril de 1995.

E

DIR

PINTO

MARQUES, Claudia Lima, CACHAPUZ. Maria Cláudia & VITÓRIA, Ana Paula da Silva. Igualdade entre Filhos no Direito Brasileiro atual - Direito pós-moderno? Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Porto Alegre: Síntese, v. 16, 1999,

MASSAGER, Nathalie. Les Droits de l'enfant à naître. Bruxelles: Bruylant, 1997.

PION

MAZEAUD, Henri et al. Leçons de droit civil: la famille - 7ème. ed.Paris: Montchrestien, 1995. 1.1, v. 3.

PIZ

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

RO SA SP

MERRYMAN, John Henry. La tradicción juridica romano germanica. Fondo de Cultura Económica, 1979,

MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito, UERJ Disponível: http://fdir.uerj.br/rqi/01/a010804.htlm (visitado em 10 março de 1999).

MOSSO, Carlos José. Derecho, Moral y Vida. Buenos Aires: Ediciones Cruzamante, 1997.

NEGRÃO. Theotonio. Código civil e legislação em vigor. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVEIRA, Basílio de. Direito alimentar e sucessório entre compa- nheiros. Rio de Janeiro: Destaque, 1995.

OLIVEIRA, Leoni Lopes de. Alimentos e sucessão no casamento e na união estável. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado, ciência autônoma. Revista Forense, v. 146, reprodução datilografada.

Instituições de direito civil. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 1996.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e união estável. 2ª ed.,

Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

Direito de família: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. 3ª ed., Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PIMENTEL, Silvia. Direitos reprodutivos e ordenamento jurídico brasileiro. Caderno da Comissão de Cidadania e Repro- dução.[s.l.], dez.1993.

PINTO, Teresa A. A. Entidade familiar e casamento formal. Direito de família - aspectos constitucionais, civis e processuais.

São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 1993. PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PIZZOLANTE, Francisco E. O. Pires e Albuquerque. União estável no sistema jurídico brasileiro. São Paulo: Atlas, 1999.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil. 22ª ed., São Paulo: Saraiva, v. 6, 1997. SALAT-BAROUX, Frédéric. Les Lois de Bioéthique. Paris: Dalloz, 1998. SAMPAIO, José Celso de Camargo. A inseminação artificial no Direito de Familia. Revista dos Tribunais, v. 670, agosto de 1991. SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. Causas culposas da separação judicial. Direito de família - aspectos consti- tucionais, civis e processuais. Coord. ALVIM, Teresa Arruda. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SARDAS, Marcela e MEIRELLES, Júlio César da Costa. A Parceria Civil Registrada. Revista Quaestio Juris, n. 2.

SAUWEN, Regina Fiuza e HRYNIZWICZ, Severo O Direito "In Vitro". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 212, abril/junho de 1998.

7.

SILVER, Lee. M. Remaking Eden. London: Weidenfeld & Nicolson, 1998. STRENGER, Guilherme Gonçalves. Guarda de filhos. São Paulo: LTr, 1998.

ia

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Reno- var, 1999.

a. se.

TORRES-LONDOÑO, Fernando. A outra família: concubinato, Igreja e escândalo na Colônia. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

d.,

VARELA, João de Matos Antunes. O movimento de descodificação do direito civil. Estudos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

elo

VELOSO, Zeno. Direito brasileiro da filiação e paternidade. São Paulo: Malheiros, 1997.

aria

dico

VILLELA, João Baptista. Alimentos e sucessão entre companheiros. Repertório IOB de Jurisprudência 7, 1ª quinzena abril de 1995.

pro-

As novas relações de família. In: XV CONFERÊNCIA DA OAB, Foz do Iguaçu. Anais. Foz do Iguaçu: OAB, 1994. O modelo constitucional da Filiação: verdade e superstições. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, v. 2, julho/setembro de 1999.

WALD, Arnoldo. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. 7ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. IV, 1990.

ZISTCHER, Harriet Christiane. Introdução ao direito civil alemão e inglês. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

ZWEIGERT, Konrad e KÖTZ, Hein. Introduction to Comparative Law. Oxford: Clarendon Press, 1998.

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

DIRE

C

C

C

C

A

F